التأمينات الشخصية

التبعية وغير التبعية

(الكفالة ـ الانابة الناقصة ـ الضمان بمجرد الطلب)

دكتور
نبيل إبراهيم سعد
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
كلية الحقوق ـ جامعة الاسكندرية
والمحامى بالنقض

٢٠٠٥

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة ـ الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩

التأمينات الشخصية

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد:

- التأمينات الشخصية - التبعية وغير التبعية:

يقصد بالتأمينات الشخصية بصفة عامة الالتزامات الشخصية التى تضاف إلى إلتزام المدين على سبيل الضمان. فهى عبارة عن ضم ذمة الغير إلى ذمة المدين لضمان حق الدائن. هذا التعدد فى الضمان العام يقلل من تعرض الدائن لمخاطر إعسار أو إفلاس المدين.

فإذا كان التزام هذا الغير تابعا للالتزام الأصلى كان الأمر يتعلق بكفالة، وإذا كان التزام الغير مستقلا فإن الأمر يتعلق بضمان مستقل، كالانابة والضمان بمجرد الطلب.

وعلى ذلك سنقسم الدراسة إلى بابين:

الباب الأول فى الكفالة

الباب الثانى فى الضمانات المستقلة

الباب الأول
الكفالة

Le Cautionnement



فصل تمهيدى
نظرة أولية على الكفالة

فى هذا الفصل سنعنى بالتطور التاريخى للكفالة، وبتعريف الكفالة ونبين خصائصها لنصل إلى تمييز الكفالة عما قد يشتبه بها من عقود، ثم فى النهاية نبرز مصادر التزام المدين بتقديم كفيل والشروط الواجب توافرها فى الكفيل، وكذلك نبين العلاقة بين الكفالة والتأمينات العينية

المبحث الأول: التطور التاريخى للكفالة

-فى القانون الرومانى كانت الكفالة ترتكز بصفة أساسية على التضامن العائلى الذى يمثل حجر الزاوية فى التنظيم الاجتماعى. ولم يكن يختلف مركز الكفيل فى أول عهود القانون الرومانى عن مركز المدين المتضامن، فهو ملتزم بصفة أصلية مثله مثل المدين الأصلى[1] فلم تكن الكفالة عندذاك تتميز عن التضامن، بل كانت هى والتضامن شيئا واحداً، وقد كان هناك شكل واحد يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن.[2]

فى فترة لاحقة بدأت تظهر صفة التبعية لالتزام الكفيل. كما أعترف بالدفع بالتجريد "un bénéfice de discussion"، والذى بمقتضاه يلزم الدائن بالتنفيذ أولا على المدين الأصلى. وكذلك أقر الدفع بالتقسيم Le bénéfice de divsion فى حالة تعدد الكفلاء. ولكن فى العمل ظهرت الكفالة التضامنية ليتخلص الدائن من هذه الدفوع.[3]

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك:

- H. et L. Mazeaud, Leçons de droit civil, T. III, vol. I, par F. Chabas, 5e éd. p. 17, Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, le sûretés, 2 éd. no 103 p. 22, Ph. Simler, cautionnement et garanties autonomes, 2e éd, no 4 p.5. ets.

(٢) عبد الرازق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، الجزء العاشر، ص٢٢.

(٣) (1)H- et L. Mazeaud, loc. cit, p. 17

– **فى القانون الفرنسى القديم** تحت تأثير النصوص الرومانية فى القرن الرابع عشر لم يلق الكفيل المعاملة القاسية والبدائية التى كان يعامل بها من قبل، وأعطى حق التمسك بالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم. كما أنه فى حالة قيام الكفيل بالوفاء بدين المدين خول له الحلول محل الدائن فى رجوعه على المدين بدلا من الوكالة الرومانية.[1]

– وقد تلقى تقنين نابليون هذه القواعد وقننها فى المواد من ٢٠١١ إلى ٢٠٤٣. وقد ظهرت أيضا فى الحياة العملية نفس المشكلة التى ظهرت منذ قديم وهو تنازل الكفيل عادة عن الدفوع القانونية، سواء كان هذا تنازلا مباشراً عنها أو غير مباشر بأن يعرض عليه الكفالة التضامنية.[2]

– **فى القانون الفرنسى الحديث** ظل قانون الكفالة يتسم خلال زمنا طويلا بالسكون حيث أن التأمينات العينية لم تترك له، فى مجتمع زراعى، **إلا** دوراً ثانوياً. وظلت الكفالة منظور إليها باعتبارها خدمة من الأصدقاء أو الأقرباء، فعقد الكفالة يعتبر من عقود التفضل (م١١٠٥ من التقنين الفرنسي) فهى بطبيعتها تبرعية وغريبة عن عالم المعاملات الاقتصادية، فالكفيل لا يسعى إلى أى مزايا شخصية. ولهذا السبب شغلت الكفالة مكانا متواضعا لدى فقهاء القرن التاسع عشر باعتبارها من بين العقود الصغيرة "petits contrats" بالمقابلة للعقود الكبيرة "grands contrats" مثل البيع أو الايجار.[3]

فى خلال عشرات السنين عرفت الكفالة ثورة. ففى الوقت الحاضر تعتبر الكفالة أداة رئيسية فى الاقتصاد. وهذه الانطلاقة ترجع إلى عدة أسباب: **أولا**: تطور الائتمان فى الوقت الحاضر، سواء بالنسبة للصناع، أو التجار أو المستهلكين ونحن نعلم أن الائتمان يستلزم التأمينات،[4] وتتصدر الكفالة هذه التأمينات حيث انها

- (٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 104 p. 22.
Mazeaud, op. cit, p.17, A. Weill, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, Précis Dalloz, 1979, p.5
R. Tendler, le cautionnement. Reine éphémère des sûretés, Dalloz, 1981, p. 129.
- Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 105 p. 22. (٣)

(٤) أنظر مؤلفنا نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، ١٩٩٠ ص١٤٧ وما بعدها.

بسيطة فى تكوينها لا تستلزم شكلا معينا ولا علانية معينة، قليلة التكاليف، لا تبدد إئتمان المدين وذلك على خلاف التأمينات العينية. كما أن التأمينات العينية فقدت كثيراً من قوتها فى صالح التأمينات الشخصية ووسائل الضمان الحديثة خاصة فى ظل قوانين الافلاس الحديثة فى كثير من دول العالم.(١) **ثانيا**: إهتمام المؤسسات المالية (البنوك وغيرها من المؤسسات المالية) بتقديم الكفالة للدائنين فى مجالات الائتمان المختلفة مما أدى ذلك إلى «مصرفة الكفالة»(٢) **ثالثا**: ظهور الكفيل صاحب المصلحة، فمثلا نجد مدير شركة معينة، أو مساهم يملك أغلبية الاسهم فى شركة معينة أو شركة أم يضمن لدى بنك معين الشركة حتى تتمكن من الحصول أو المحافظة على إئتمان معين. أو يقوم بنك بضمان أحد عملائه فى الحصول على ائتمان معين فى مقابل عمولة معينة. والبنك هنا لم يفعل شئ إلا مجرد توقيع دون أن يقدم أى أموال لعميله.

قد ترتب على هذه الإنطلاقة للكفالة أن حاول القضاء الفرنسى جاهداً حماية الكفيل بوسائل متعددة.(٣) كما أن المشرع الفرنسى قد سار فى هذا الاتجاه، ففى قانون أول مارس ١٩٨٤ أنشئ التزام بالتبصير على عاتق مؤسسات الائتمان (م٤٨). وحرم هذا القانون النزول عن حق الحلول فى الدعاوى (م٤٩). وفى قانون ٢٣ يونيو ١٩٨٩ مد الحماية المقررة فى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ المسمى بقانون Scrivener I والخاص بحماية المستهلك فى مجال الائتمان المخصص لتمويل بيع المنقولات وأداء الخدمات إلى الكفلاء لهذه العمليات الائتمانية. وفى قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والخاص بالوقاية والعلاج للصعوبات الناشئة عن الاسراف فى الاستدانة من جانب الأفراد والأسر قد أضفى الحماية الفعاله ايضا على الكفلاء (م١٩ – ٢٢) وهذه

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا فى الضمانات غير المسماه فى القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١ ص٤ ومابعدها (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية فى القانون المدنى ١٩٩٣).

(٢) انظر: Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit. no 106 p. 22, 23.
وقارن: Aubry et Rau, Droit civil français, 7e édit par Esmein et A. Ponsard. T.IV, 1075 par. A. Ponsard et De la Batie. p. 317 et s.

(٣) انظر: Ph. Simler, op. cit, no 4 p.6.

الحماية تتمثل فى الالتجاء إلى الشكلية من ناحية، وفى الاعفاء من بعض الالتزامات من ناحية أخرى[1] فى صدد العمليات الائتمانية المنصوص عليها فى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، وقانون ١٣ يوليو ١٩٧٩.

المبحث الثانى : تعريف الكفالة وبيان خصائصها

وقد أورد المشرع تعريفا للكفالة فى المادة ٧٧٢ مدنى، فيجب علينا إذن أن نقوم بتحليل هذا التعريف وبيان عناصره، ثم يمكننا بعد ذلك أن نستخلص منه الخصائص المميزة للكفالة.

وعلى ضوء ذلك سوف نعرض أولا لتعريف الكفالة، ثم نبين ثانيا خصائص الكفالة.

أولا- تعريف الكفالة

قد نصت المادة ٧٧٢ مدنى على أن «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه» وهذا ما نصت عليه أيضا المادة ٢٠١١ من التقنين المدنى الفرنسى.[2]

من هذا التعريف يبين أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين، بل أنه لا يشترط فى عقد الكفالة موافقة أو رضاء المدين بل يمكن أن يتم بدون علمه ورغم معارضته (م ٧٧٥ مدنى). ومع ذلك فان المدين ليس بغريب تماما عن عقد الكفالة، حيث ان هذا العقد ما تم الا ليضمن التزام هذا المدين لدائنه، وبالتالى ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، ويمنح هذا الاخير الأمن والأمان.[3]

ويبين أيضا من هذا التعريف أن الكفالة ترتكز على التزام أصلى وتعمل على

---

(١) انظر مؤلفنا نحو قانون للافلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية ١٩٩١ ص١١٧ وما بعدها.

(٢) انظر: Aubry et Rau, op. cit, no 2/3 p. 317, Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit; no 100 p. 20; Ph. Simler, op. cit, no8 p11.

(٣) قارن عبد الفتاح عبد الباقى، أحكام القانون المدنى المصرى، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ فقرة ١٧ ص٣٥.

ضمان الوفاء به، فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين. والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه بل وفي أوصافه. ويستطيع الكفيل أن يدفع بكل الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول. ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول ولكنه يجوز أن يكون أهون. كما أن الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ في الالتزام المكفول ولكنه لا يضار من هذا التغيير.

ومما تجدر الاشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة في التعريف السابق، وهو «إذا لم يف به المدين» ، ان التزام الكفيل معلق على شرط واقف، وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء. فالتزام الكفيل التزام بات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة. وانما يراد من هذا التعليق ابراز الصفة الاحتياطية للكفالة والتي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب أولا المدين (م١/٧٨٨ مدني) وأن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله (م٢/٧٨٨). وسوف نعرض لذلك بالتفصيل عند الكلام عن آثار الكفالة.

يجب ألا نخلط بين الكفالة بهذا المعنى وبين ما أصطلح على تسميته كفالة، خاصة في الأحوال التي يقوم بها بعض الأشخاص بايداع مبالغ من النقود أو القيم المنقولة كضمان لدين، وكذلك ما يقوم بايداعه المتهم في المسائل الجنائية من مبالغ نقدية في خزانة المحكمة لاطلاق سراحه[1]. ففي كل هذه الأحوال لسنا بصدد كفالة بالمعنى القانوني الذي أوضحناه، أي كتأمين شخصي، وانما بصدد نوع من أنواع التأمينات العينية وهو الرهن الحيازي. وتسري بالتالي عليه أحكام هذا الرهن[2].

---

(١) انظر في أمثلة أخرى من القانون الفرنسي A. Weill, op. cit. no 7 p.10 في القانون المصري عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٣٤، رمضان ابو السعود، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء الأول، طبعة أولى ١٩٨٠ ص٣٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ١٠، ص٢٠، عبد الفتاح عبد الباقي ص٣٤.

ثانيا - خصائص الكفالة

على ضوء التعريف السابق نستطيع أن نجمل خصائص الكفالة فيما يلي:

١ - الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي Contrat de garantie personnelle فالكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف إلى التزام المدين، أى أنها تمنح الدائن ضمانا شخصيا بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الاخير بالتزامه.. وبذلك يكون كل من المدين والكفيل مسئولا مسئولية شخصية فى جميع أمواله عن الوفاء بالتزام المدين، مع مراعاة أن مسئولية الكفيل مسئولية إحتياطية، أى عند عدم وفاء المدين بالتزامه.

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصى أنها لا تجنب الدائن تماما مخاطر الاعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر اعسار مدينه إلا أن هذا الاحتمال مازال قائما أيضا بالنسبة للكفيل. غير أنه فى الوقت الحاضر، يعد شيوع إستخدام الكفالة، أصبح الضمان الذى تقدمه الكفالة أكثر أمانا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لتقدم ضمانها للمشروعات وللافراد للحصول على الائتمان اللازم على النحو السابق بيانه.(١)

٢ - عقد الكفالة عقد رضائى contrat consensuel فهو ينعقد بمجرد التراضى ما بين الكفيل والدائن. فلا يشترط فيه أى شكل خاص. وإن كان المشروع يشترط الكتابة للاثبات (م٧٧٣ مدنى) فان هذا الشرط ليس شرطا ضروريا للانعقاد ولكنه شرط لازم للاثبات. ومع ذلك يمكن إثباتها بما يمكن أن يقوم مقام الكتابة، كالإقرار واليمين.

ونظرا لخطورة التزام الكفيل حاول القضاء الفرنسى توظيف نصوص تقنين نابليون لتوفير الحماية اللازمة للكفلاء وبصفة خاصة نص المادة ٢٠١٥ من التقنين

(١) انظر بصفة خاصة R. Tendler, op. cit, p 129.

المدنى الفرنسى والذى يشترط أن يكون رضاء الكفيل صريحا ونص المادة ١٣٢٦ من نفس التقنين (بعد تعديلها بقانون ١٢ يوليو ١٩٨٠) التى تتطلب بياناً مكتوباً فى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، إلى حد أن الدائرة المدنية الأولى فى محكمة النقض الفرنسية ذهبت فى أحكامها اعتباراً من عام ١٩٨٤ إلى أن الجمع بين نص المادة ١٣٢٦ و٢٠١٥ يؤدى إلى إعتبار أن اشتراط البيان المكتوب لا يتعلق فحسب بمجرد قواعد الاثبات وإنما له غاية معينة وهى حماية الكفيل، مما قد يفهم منه أن جزاء تخلف أو عدم كفاية البيان المكتوب هو البطلان مما يجعل من هذا البيان شرط شكلى لازم لصحة الاتفاق، وبالتالى يجعل من الكفالة عقداً شكليا. هذا القضاء، خاصة وأن الدائرة التجارية لم تأخذ به، لم يستمر طويلا حيث نفس الدائرة المدنية عادت وقررت أن المادة ١٣٢٦ و٢٠١٥ تشكل قواعد إثبات.(١)

- **إستثناءات تشريعية فى فرنسا:**

إغراء الشكلية فى هذا المجال لم يكن جديداً بالمرة. وهذا يرجع إلى أن التزام الكفيل يمثل بصفة خاصة خطورة لا جدال فيها. هذه الخطورة لا ترجع إلى الطابع الرضائى لعقد الكفالة وإنما ترجع أكثر إلى طبيعته الملزمة لجانب واحد حيث أنه فى مجال الاثبات لا يتم الإ كتابة نسخة واحدة من العقد يحتفظ بها الدائن، مما يترتب عليه أن الكفيل لا يحتفظ بأى أثر يدل على التزامه مما يعرضه لنسيانه، بل إن ورثته لا يكون لديهم أى علم به.

ومن أجل ذلك قد إقترح بانشاء نظام للشهر والعلانية لالتزامات الكفيل حتى يتسنى للغير معرفة القدرة الائتمانية للشخص إلى جانب أنه يهيئ للكفيل نفسه وورثته أداة للاعلام. ولكن حجم الصعوبات التى واجهت مثل هذا النظام جعلت قيامه قليل الاحتمال.

لكن المشرع قد سار فى طريق آخر ففى صدد حمايته للمستهلك كفل

(١) انظر فى تفصيل ذلك Ph. Simler, op. cit. no 50 p. 45 ets.

الحماية أيضا للكفلاء. فالمادة ٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، ١٣ يوليو ١٩٧٩ إستلزمت بصدد البيع بالأجل أن يقدم مسبقاً عرضا متضمنا كل الخصائص المميزة للعقد إلى كل من المقترض وكفيله. كما أن المادة الثانية من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ والمعدله بقانون ٢٣ يونيو ١٩٨٩ نصت على أن «نصوص هذا القانون تطبق على كل عملية إئتمان، وكذلك على كفالتها المحتمله...» هذه الحماية للكفلاء لا أثر لها على شكل الكفالة.

لكن النصوص الجديدة التي جاءت فيما بعد إستسلمت أكثر لاغراء الشكلية، من ذلك النصوص المضافة إلى كل من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، ١٣ يوليو ١٩٧٩ (القوانين المتعلقة بعمليات الائتمان الاستهلاكي في المنقول والعقار) بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ (القانون الخاص بوقاية وعلاج العقبات الناشئة عن الاسراف في الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر). فطبقا لنص المادة ١/٧ الجديد المضاف إلى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ (م١٩ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩) أن «الشخص الطبيعي الذى يلتزم بمقتضى ورقة عرفية بصفته كفيلا في عملية من العمليات المنصوص عنيها في المادة ٢ يجب أن يسبق توقيعه بالبيان المكتوب الآتي، وبصفة خاصة ما يلي: «بصفتي كفيلا (لفلان) في حدود مبلغ وقدره (....) (يشمل المبلغ الأصلى والفوائد، وعند الاقتضاء، الشروط الجزائية وفوائد التأخير) لمدة قدرها (...) أتعهد بأن أدفع للمقرض المبالغ المستحقة من دخلى وأموالى إذا (فلان – المدين) لم يف هو نفسه بهذه المبالغ».

وإذا كانت الكفالة تضامنية، يجب أن تكتب العبارة التالية «إننى أتنازل عن الدفع بالتجريد الوارد فى نص المادة ٢٠٢١ من التقنين المدنى، وأننى التزم تضامنيا مع (فلان) وأتعهد بأن أدفع للدائن دون أن اشترط عليه الرجوع أولا على (فلان)...». ونفس الشئ بالنسبة لنص المادة ١/٩، ٢/٩ الجديد من قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ (م٢٢ من قانون ١٩٨٩/١٢/٣١) وبذلك أصبحت الكتابة شرط إنعقاد

بالنسبة للكفالة المقدمة لضمان العمليات المنصوص عليها في قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩.[1]

٣- عقد الكفالة عقد تابع:

- تعتبر هذه الخصيصة من أهم خصائص الكفالة، بل أنها تعتبر المعيار الفاصل لتمييز الكفالة عن غيرها من وسائل الضمان الشخصية. فحول هذه الصفة تتبلور جميع أحكام الكفالة سواء من حيث الانعقاد والصحة والبطلان والأوصاف أو الوجود والانقضاء أو الآثار. فالكفالة وسيلة من وسائل الوفاء بالتزام معين. وعلى ذلك فإنه يستلزم لقيام الكفالة أن يوجد التزام أصلي بين الدائن والمدين، لكي ترتكز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به.[2]

وصفة التبعية فى الكفالة لها نطاق أوسع ومعنى أدق وأعمق من مجرد العلاقة بين الضمان والدين المضمون. فالكفالة تتميز بتبعيتها المباشرة والضيقة للالتزام المكفول. وتفسير ذلك ببساطة يرجع إلى أن محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين الأصلي عند عدم وفاء هذا الأخير به. فاذا كان هناك علاقتان، العلاقة بين المدين والدائن والعلاقة بين الدائن والكفيل، وهناك التزامان مستقلان، التزام المدين في مواجهة الدائن والتزام الكفيل فى مواجهة الدائن، إلا أنه مع ذلك لا يوجد إلا دين واحد يجب الوفاء به. لذلك فان كل ما يمس هذا الدين ينعكس بالضرورة على التزام الكفيل.

- صفة التبعية تعتبر من جوهر الكفالة وتشكل الفيصل فى تكييف عقد الكفالة. وعلى ذلك فان كل إتفاق للضمان لا يتوفر فيه صفة التبعية فانه لا يعتبر كفاله. وعلى العكس كل إتفاق للضمان الشخصي يتصف بهذه الصفة فإنه

(١) انظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا نحو قانون للافلاس المدني، السابق الاشارة إليه ص١١٧ وما بعدها وانظر كذلك Ph. Simler, op. cit, no 52 p. 47, 48; no 193p 164.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٤٠، وانظر نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٢٢٧ ص١٤٨٧، ١٩٧٦/٣/١٥، نفس المجموعة، السنة ٢٧ ص٦٣٧.

يعتبر كفالـة أيا كانت الالفاظ المستخدمة من جانب المتعاقدين أو جرى العمل عليهـا.

– صفة التبعية تعتبر من الأمور الحتمية بالنسبة للكفالة وهذا ما يتضح بجلاء من المادة ٧٧٦ مـدنى (م١٠١٢/١ مـدنى فـرنسى) والتى تنص على أن «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا» والمادة ٧٨٠ مدنى (م٢٠١٣ مدنى فرنسى) والتى تنص على أن «لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين. ولا بشـروط أشـد من شـروط الدين المكفـول». لذلك إذا أتجهـت إرادة الأطراف إلى إبرام عقد الكفالة فانهم لا يستطيعون إستبعاد النتائج التى تنشأ عن صفة التبعية.

– لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن صفة التبعية فى الكفالة تعتبر متعلقة بالنظام العام. فمبدأ الرضائية فى العقود يسمح بابرام الأطراف عقد من أجل ضمان دين معين ومع ذلك يستبعدون فيه هذه الصفة دون أن يكون فى ذلك أية مخالفة للنظام العام. غير أنهم بذلك يكونوا قد إستبعدوا صفة الكفالة عن هذا الانفاق. وهذا هو الشأن، بصفة خاصة، بالنسبة للضمانات المستقلة التى لا تعد بأى حال من قبيل الكفالة.[1] وكـذلك الانابة الناقصة التى تسـتخدم كـوسـيلة للضـمـان[2]، وأيضـا الضمانات التعويضية، كخطابات النوايا أو الثقة[3] وغير ذلك.

– ومما تجدر الاشارة إلية ان اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين لا ينزع عن الكفالة صفـة التبعيـة كل ما هنالك أن هذا الشـرط يعطى للدائن ضـمـان أكبـر. فالكفيل تتجه إرادته دائما إلى الالتزام بصفة تبعية. لذلك إذا هو تنازل عن الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم فإنه يحتفظ دائما بالحماية اللصيقة لصفة التبعية، وبصفة خاصة الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن الالتزام المكفول وله أن يتمسك بجميع الأوجه

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه السابق الاشارة إليه ص١٢٨ وما بعدها وبصفة خاصة ص١٣٨.

(٢) نبيل سعد، المرجع السابق، ص٥٨ وما بعدها.

(٣) نبيل سعد، المرجع السابق، ص١٤٦ وما بعدها.

التى يحتج بها المدين، وكذلك التمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئة من الضمانات (م٧٨٤ مدنى مصرى، ٢٠٣٧ مدنى فرنسى)، وكذلك تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا (م٢/٧٨٥ مدنى مصرى).

أ- نتائج صفة التبعية:

يترتب على صفة التبعية التى تلحق التزام الكفيل عدة نتائج نجملها فيما يلى:

١- لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا (م٧٧٦ مدنى مصرى).

٢- لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين. ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م١/٧٨٠ مدنى مصرى) ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون (م٢/٧٨٠ مدنى مصرى) (انظر م٢٠١٣ مدنى فرنسى).

٣- كما أن الكفيل يستفيد من كل تغيير طرئ فى الالتزام المكفول ولكن لا يضار من هذا التغيير.

٤- أن مصير التزام الكفيل مرتبط، من عدة جوانب، بمصير الالتزام الأصلى.

أ- ينقضى إلتزام الكفيل بالتقادم نتيجة لانقضاء الالتزام الأصلى بالتقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به حيث أن التزام الكفيل لا يمكن أن يقوم دون أن يرتكز إلى التزام أصلى يعمل على ضمان الوفاء به. وللكفيل أن يتمسك بتقادم الالتزام الأصلى ولو لم يتمسك به المدين، بل ولو نزل المدين عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، حيث أن هذا النزول نسبى لا يتعدى المتنازل نفسه إلى ذوى المصلحة الآخرين الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم باسمهم شخصيا، كالكفيل[1] كما أن سريان التقادم بالنسبة لالتزام الكفيل لا يبدأ طالما أن الالتزام الأصلى غير مستحق الأداء.

---

(١) انظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، أحكام الالتزام دار المعرفة الجامعية ١٩٩٩ ص٤٢٩.

ب- كما أن حجية الشيء المقضى ضد المدين الأصلى والمتعلقة بوجود الدين المكفول يحتج بها فى مواجهة الكفيل.

جـ- كما أن إنقضاء الالتزام الأصلى بالوفاء بمقابل يؤدى إلى براءة ذمة الكفيل ولو إستحق الشيء المعطى للوفاء فى يد الدائن (م٧٨٣ مدنى).

د- يترتب على تجديد الالتزام المكفول إنقضاؤه بتوابعه وينشأ مكانه التزام جديد. ولا ينتقل إلى هذا الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية إلا إذا رضى الكفلاء بذلك. (م٣٥٨ مدنى)

هـ- كما أن إنقضاء الالتزام الأصلى لأى سبب من أسباب الانقضاء يؤدى إلى انقضاء إلتزام الكفيل حيث انه إذا انقضى الالتزام المكفول الذى يرتكز عليه التزام الكفيل فيجب أن ينقضى هذا الأخير بالتبعية، لأن الفرع يتبع الأصل، وأن التابع يتبع المتبوع.

ب- حدود صفة التبعية:

صفة التبعية لا تؤدى بالضرورة إلى تطابق تام فى النظام القانونى للالتزامين. فإذا كان محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين نفسه لو لم يف به إلا أن التزام الكفيل مع ذلك ينشأ من عقد مستقل. هذا العقد يخضع لقواعد خاصة والتى لا تمس وظيفة الضمان ولنعرض لبعض مظاهر هذا الاستقلال فيما يلى:

١- لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة (م٧٧٣ مدنى مصرى).

٢- الاتفاق على تحديد الاختصاص المحلى فى العقد الأصلى لا يسرى على الكفيل.

٣- تحديد الطبيعة المدنية أو التجارية للكفالة تؤدى غالبا إلى أن الكفالة تبقى مدنية بالرغم من أن الالتزام الأصلى كان تجاريا ولو كان الكفيل تاجراً (م٧٧٩ مدنى مصرى) مما يؤدى إلى أن كل من الالتزامين يخضعان لاختصاص نوعى واختصاص محلى مختلف.

٤- شرط التحكيم الذى يتضمن العقد الأصلى لا يجوز أن يحتج به على الكفيل لأنه ليس طرفا فيه.

- نخلص مما تقدم أن الصفة التبعية لا تؤدى إلى حرمان عقد الكفالة من كل استقلالية. فطبيعته الرضائية والملزمة لجانب واحد تحدد نظامه القانونى بصفة خاصة من حيث صحته وإثباته دون الاحالة إلى العقد الأصلى، كما أن وجود إستثناءات حقيقية للصفة التبعية تؤكد، عند الضرورة، أنه لا محل من جعل هذه الصفة لعقد الكفالة ذات تطبيق منتظم وأعمى.

جـ- إستثناءات على صفة التبعية:

سوف نعرض هنا لبعض الاستثناءات على صفة التبعية نجمعها فيما يلى:

١- القانون المدنى نفسه أكد أنه يمكن كفالة التزام ناقص الأهلية (م٧٧٧ مدنى مصرى) بالرغم من تأكيده بأن لا تكون الكفالة صحيحه إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا (م٧٧٦ مدنى مصرى) (م٢٠١٢ مدين فرنسى).

٢- سقوط الأجل بسبب شهر الافلاس أو الاعسار للمدين المكفول لا يؤدى إلى سقوطه بالنسبة للكفيل، إذ لا يلتزم هذا الأخير بالوفاء إلا عند حلول الأجل(١).

٣- لا يفيد الكفيل من الصلح الواقى الذى يحصل عليه المدين المكفول (م٢/٧٦١ قانون تجارى جديد).

٤- عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد contrat unilatéral

أ- المبدأ: عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فى الأصل حيث الذى يلتزم فى عقد الكفالة هو الكفيل وحده، أما الدائن وهو الطرف الآخر فى العقد فلا يلتزم عادة بشئ نحو الكفيل(٢).

---

(١) انظر مؤلفنا السابق فى أحكام الالتزام ص٢٠٣.

(٢) أنظر عكس ذلك سليمان مرقس، عقد الكفالة فى التقنين المدنى الحديث، طبعة ١٩٥٩، فقرة ٣٨، نفس المؤلف الوافى فى شرح القانون المدنى، ٣، فى العقود المسماه، المجلد الثالث الكفالة، ١٩٩٣ فقرة ٨ ص١١،
- JOSSERAND, Cours de droit civil, T. II, No. 1940.

لا يغير من طبيعة عقد الكفالة، باعتباره عقد ملزم لجانب واحد، بحسب الأصل، ما يتحمله المدين قبل الكفيل من التزامات. لأن مصدر هذه الالتزامات ليس عقد الكفالة، إذ أن المدين ليس طرفا فيه.

لا يغير أيضا من طبيعة الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد ما قد يتحمل به الدائن من التزامات في هذا العقد. مثل ما تفرضه المادة ٧٨٧ مدني على الدائن من تسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، ومن وجوب العمل على نقل التأمين حتى يفيد به في هذا الرجوع(١). وذلك لأن هذه الالتزامات لا تتولد عن عقد الكفالة ذاته، وانما تترتب على وفاء الدين، وهذا يعتبر واقعة لاحقة لابرام عقد الكفالة، ولذلك ليس من المتصور عقلا أن تصف عقد بأنه ملزم للجانبين بما يترتب من آثار عن واقعة مستقلة وخارجة عنه. والدليل على ذلك أن الالتزام بتسليم المستندات ونقل التأمين يقع على عاتق كل دائن حينما يدفع له مدينه دينه، ولو لم تكن كفالة، ويظهر هذا الالتزام بصفة خاصة عندما يكون للموفي حق الحلول محل الدائن.(٢)

بالاضافة إلى ذلك فان هذا الالتزام يفترض أن بين يدى الدائن مستندات لازمة للرجوع على المدين، ويفترض أيضا وجود تأمينات أخرى في صالح الدائن مع أنه في الغالب لا يكون بين يد الدائن أى مستندات من هذا النوع ولا يكون له سوى الضمان الشخصي الناشئ من الكفالة. ونتيجة لذلك فان الدائن لا يضطلع الا بالتزام احتمالي، كما أنه في مضمونه التزام سلبي محقق وهو عدم تعريض رجوع الكفيل على المدين للخطر، وكل هذا لا يدخل في تعريف الكفالة، وبالتالي فهو لا يعتبر من طبيعتها القانونية.(٣)

---

(١) انظر عكس ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٨.

JOSSERAND, op. cit., no. 1940.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٣٦ هامش (٢).

- A. WEILL, op. cit., les sûretés, No. 14, p. 20.

(٣) - MAZEAUD, op. cit., No. 11, p. 18.

أما فيما يتعلق بما تقرره المادة ٧٨٤ من أنه تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات[1] وما تقرره المادة ٧٨٥ من ان ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل له بوجوب تلك المطالبة ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا، وبما تقرره المادة ٧٨٦ من وجوب تقدم الدائن في تفليسة المدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن.. فان هذه كلها التزامات قانونية رتبها المشرع لحماية الكفيل وتأكيد صفة التبعية لالتزام الكفيل في القوانين الحديثة. وهذه الالتزامات لا تنشأ عن عقد الكفالة ولكنها تدخل في نظامه القانوني. وعلى ذلك فهي ليست متقابلة مع ما يقع على الكفيل من التزام[2] كما أنها ليست سببا لالتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به المدين نفسه[3]. وبالتالي فهي لا تعطي صفة العقد الملزم لجانبين لعقد الكفالة. ولذلك كان الجزاء الطبيعي عند عدم مراعاة هذه الالتزامات هو براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة مخالفة الدائن لأحد هذه الالتزامات. يرى بعض الفقهاء أن هذه أسباب لانقضاء التزام الكفيل وليست التزامات تثقل الدائن[4]. بينما يرى البعض الآخر في ذلك شروط وضعها التقنين المدني وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملا من الكفيل.[5]

إذا كان الأصل في الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فهذا لا يعني أن الكفالة تصرف بالارادة المنفردة أي تصرف يصدر من جانب واحد، بل أن الكفالة عقد لا

---

(١) انظر المادة ٢٠٣٧ مدني فرنسي.

(٢) انظر في نفس هذ المعنى

Ph. Simler, op. cit. no 53 p. 48, 49.

وانظر أيضا المراجع المشار إليها في هامش ١٥١ ص٤٩.

(٣) انظر منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة ١٩٦٠، فقرة ٧.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق. ص٣٦ و٣٧ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص٢٢. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق. ص٤١، ٤٢، ٤٣.

(٥) السنهوري، المرجع السابق، جـ١٠ ص٢٤ هامش (١).

يتم الا بتبادل ارادتين متطابقتين من الكفيل والدائن. كل ما هنالك أن ما يترتب على هذا العقد من التزام لا يكون الا فى جانب الكفيل. فيكون مدينا بضمان الوفاء بالتزام المدين الأصلى إذا لم يف به ويكون الدائن الأصلى دائنا بهذا التزام.(1)

كما أن عقد الكفالة باعتباره، بحسب الأصل، عقد ملزم لجانب واحد فانه لا يغير من طبيعة هذه تحديد الكفيل إلتزامه بالنسبة للالتزام الأصلى، كأن يحدد مقدار المبلغ الذى يضمنه أو أنه يحصل لنفسه على أجل خاص لاستحقاق لالتزامه أو غير ذلك من شروط، لأن الدائن لم يأخذ على عاتقه أى التزام إيجابى كل ما هنالك أنه قبل كفالة محددة un cautionnement limité.(2)

ب- إستثناءات:

إذا كان عقد الكفالة، من حيث المبدأ، عقد ملزم لجانب واحد فان هذا لا يعنى أنه لا يمكن على الاطلاق أن يتضمن التزامات متبادلة وبالتالى يكون عقداً ملزماً لجانبين. فمنذ الوقت الذى يكون فيه كل من الطرفين ملزم تجاه الآخر، كأن يلتزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين، فاننا نكون بصدد عقد ملزم لجانبين.(3)

---

(1) السنهورى، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص٢٥. وانظر فى هذا الخصوص بكل دون نتائج قانونية تذكر
Ph. Simler. op. cit. no 53 p. 49 notam. note 153

(2) انظر فى نفس المعنى
Ph. Simler. op. cit. no 53 p. 50

(3)
- A WEILL. op. cit.. Les sûretes. No 14. p. 19.
- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit.. T. III. Vol. I. No. 452 p.336
- MAZEAUD. op. cit.. T. III. Vol. I. p. 118. Ph. Simler. op. cit. no 53. p. 48. no 54 p. 50.

عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص٣٦. - السنهورى، المرجع السابق الجزء العاشر، فقرة ١٣، ص٢٤. - محمود جمال الدين زكى، التأمينات الشخصية والعينية ط٣ ١٩٧٩. - توفيق فرج، دروس فى التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨١، ص١٠ و١١. محمد لبيب شنب، دروس فى التأمينات العينية والشخصية، ١٩٧٥ ص٢٣٣ و٢٣٤ - سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية ١٩٩١ فقرة ٨ ص٢٦ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٤٠. وانظر عكس ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٨، الوافى فقرة ٨ ص١١.
- JOSSERAND. op. cit. No 1490.

وفى القضاء الفرنسي توجد تطبيقات كثيرة نذكر منها على سبيل المثال، عندما يتفق الكفيل والدائن على تخفيض سعر فائدة الدين المكفول أو مد الأجل[1] أو شطب الرهن أو أى تأمين عينى آخر، أو التزام الدائن بعدم التنفيذ الا على أموال معينة لدى الكفيل[2] أو غير ذلك.[3]

فى بعض هذه الفروض نجد أن عقد الكفالة الملزم للجانبين اقترن باشتراط لمصلحة المدين المكفول.[4]

ه- الكفالة عقد من عقود التبرع: Contrat à titre gratuit -

يحيط فى الغالب هذه الخاصية بعض الغموض. هذا الغموض يرجع فى الواقع إلى عدم التفرقة بين عقد الكفالة بالمعنى الدقيق وبين الكفالة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية الأطراف une opération juridique triangulaire. كما أن الفقه والقضاء لم يلتزما المعيار المعتمد فى القواعد العامة للتفرقة بين عقود المعارضة وعقود التبرع.[5]

طبقا للقواعد العامة فان عقد التبرع هو العقد الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطى مع إنصراف النية إلى ذلك. ولذلك يمكننا أن نخلص إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعارضة وعقود التبرع هو معيار ذو شقين: **الشق الأول:** إنتفاء المقابل أو العوض المعادل، أى أن أحد المتعاقدين يعطى دون أن يأخذ عوضا أو

(١) انظر Cass. Civ. 22 nov. 1825, S. 26. 1. 146; S. chr. 185-1827, 1. 220; 14 juin 1847, S. 1. 663; D. 47. 1. 244; Cass. req. 12 nov. 1879, D. P. 80. 1. 49; note C.A. rapport Barafort, cités por Ph. Simler, op. cit, note 154 p. 50.

(٢) Cass. civ. I. 15 fév. 1972, Bull. Civ. I, no 50; Rev. trim. dr. com. 1973, 447. observ. Loussouarm

(٣) أنظر فى أمثلة أخرى - Ph. Simler, op. cit, no 54 p. 50

(٤) - Cass. Com. 23 mai 1989, Bull. civ. IV, no 164; Rev trim - dr. civ. 1990, 72, observ. Mestre.

(٥) انظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بيروت، ١٩٩٥ ص٦٧.

(١) انظر. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 144 p. 43.

مقابلا. **والشق الثاني**: هو نية التبرع أي تنصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل يعادلها.

ويذهب الفقه إلى التمييز في عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل. ففي الهبة يخرج مال من ذمة الواهب بغير مقابل. أما في عقد التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له ودون أن يخرج مال من ذمته.

وعلى ضوء ما تقدم يجب بحث الأمر على مرحلتين:

– **على مستوى عقد الكفالة وهو الذى يترجم العلاقة بين الكفيل والدائن**. في هذه العلاقة التعاقدية نجد أن الكفيل يؤدى خدمة بدون مقابل فهو يلتزم بالضمان دون أن يتلقى أى مقابل من الدائن لقاء إلتزامه هذا. لكن لا يمكن أن نعتمد على ذلك فقط لاعتبار عقد الكفالة عقد تبرع حيث يبقى الشق الثاني وهو نية التبرع. وفي هذا الصدد نجد أن الكفيل ليس لديه – من حيث المبدأ – أى نية التبرع وهذا وحده لا يكفي أيضا لإعتبار عقد الكفالة من عقود المعاوضة. وهذا ما حدا بالبعض للقول بأن الكفالة تمثل تصرفا محايداً un acte neutre.(1)

– **على مستوى العلاقة بين الكفيل والمدين**: هذه العلاقة تمثل أحد الاضلاع الرئيسية في عملية الكفالة ولها إنعكاس واضح على عقد الكفالة. لذلك تعتبر الكفالة بطبيعتها من عقود التفضل un contrat de bienfaisance، أى من عقود التبرع حيث أن الكفيل لا يتلقى أى مقابل، كما أنه لديه نيه التبرع نحو المدين حيث يقصد أن يؤدى له خدمة.

ومما تجدر ملاحظته أن الكفالة لا تعد من الهبات لأنها تفتقد العنصر المادى، وهو خروج مال من ذمة الواهب بغير مقابل. فالكفيل له حق الرجوع على المدين بما قام بالوفاء به للدائن.

وانظر في نفس هذا المعنى: M. Rémond - Gouilloud, L' influence du rapport caution. débiteur sur le contrat de cautionnement J. C.P. 77, éd G. I, 2850.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٣٧ و٣٨.

بالرغم من أن الأصل في عقد الكفالة أنه من عقود التبرع(1) إلا أن صفة المجانية ليست من مستلزماته أو بمعنى آخر إذا كانت صفة التبرع من طبيعة عقد الكفالة إلا أنها ليست من جوهرها. فليس هناك ما يمنع ان الكفيل يشترط مقابلا عادلا في نظير المخاطر التي يتعرض لها والصعاب التي يمكن أن يلاقيها عند رجوعه.(2) وهذا ما يحدث غالبا عندما يكون أحد البنوك كفيلا لأحد عملائه.(3)

ولكن ما ينبغي التنبيه إليه هو أن في العلاقة بين الدائن والكفيل يكون عقد الكفالة دائما من عقود التبرع. بمعنى أن الدائن لا يعطي أى مقابل للكفيل لقاء كفالته.(4) اما إذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لالتزامه كمبلغ من النقود. فاننا لا نكون بصدد عقد كفالة، بل تأمين ائتمان. وبذلك يصبح عقدا عوضيا لا تبعيا واحتماليا لا محددا على النقيض من الكفالة.(5)

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص37 و38.

- سمير تناغو، المرجع السابق، ص23.

- توفيق فرج، المرجع السابق، ص11.

- G. MARTY et p. RAY NAUD, op. cit., Y. III. Vol. I No. 543. p.336.

وانظر عكس ذلك، محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص224.

وقارن سليمان مرقس، توفيق، المرجع السابق الاشارة إليه فقرة 10 ص16.

انظر في فرنسا A. WEILL. op. cit.. Les Sûretés. No. 13, p. 19; MAZEAUD. op. cit.. p. 19 (No. 12).

(2) - M. PLANIOL et G. RIPERT. Traité pratique. 20 édit.. T. XI. 2e Partie 1954. No. 1512. par R. SAVATIER.

(3) - AUBRY et RAU. Loc. cit. No. 218, p. 322.

(4) - G. MARTY et P. RAYNAND op. cit. T. III. Vol. I. No. 548. p. 350

وسمير تناغو، المرجع السابق، ص24.

- وقارن السنهوري، المرجع السابق، ص25، يرى عكس ذلك، إذ يقول: انه ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطى لأحد المتعاقدين بل يكفي اعطاؤه للغير وهو هنا المدين.

(5) - AUBRY et RAU. op. cit., T. VI, No. 215, M. PLANIOL et G. Ripert T. XI. No. 1513. par SAVATIER.

- V(1) aussi: M. PICARD et A. BESSON les assurances terrestres en droit français. T. I. 4e édit., 1975, No. 39, p. 64 et No 349 p. 528.

- وسمير تناغو: المرجع السابق، ص24.

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة 17 ص36.

ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع اشتراط أهلية التبرع فى الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحا. كما أنه يجوز الطعن فى الكفالة بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين، كما أنه لا يجوز ابرام الكفالة بطريق الوكالة الا إذا صدر توكيل خاص، يعين فيه محلها على وجه التخصيص، بأن يعين فيها على الأقل المدين المكفول والالتزام المكفول.[1]

ويترتب على كون الكفالة من أعمال التبرع أنها تكون فى الأصل تصرفا مدنيا، وان كان الالتزام المكفول تجاريا والكفيل تاجرا[2]، وذلك لان نيه التبرع غريبة عن التجارة.[3] كما أن التجارة تقوم على فكرة المضاربة.[4] وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/٧٧٩ بقولها أن «كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا».

ولما كان حكم هذا النص مبنى على الغالب المألوف من حيث أن الكفالة عقد من عقود التبرع، فانه ليس هناك ما يمنع من أن تكون الكفالة عملا تجاريا إذا كان الكفيل تاجرا وأبرمها بقصد الربح أو لتحقيق مصلحة تجارية، كما إذا تقدم أحد المصارف لضمان أحد عملائه فى مقابل عمولة.

كما أن الكفالة رغم صفتها المدنية، فانها تعتبر عملا تجاريا إذا نشأت عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا. وعن تظهير هذه الأوراق وذلك وفقا لقواعد القانون التجارى (م٢/٧٧٩ مدنى).

---

(١) انظر فى ذلك: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٣٧.

(٢)
- AUBRY et RAU, Loc. cit., No. 216, p. 32;
- A. WEILL, op. cit., les sûretés, No. 15, p. 20;
- MAEEAUD, op. cit., No. 11-2, p. 18.
- M. DE JUGLART et IPPOTITS, Traité de droit, commerical T. I, No. 79 et 83.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى. المرجع السابق، ص٣٨.

(٤) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٣٦.

المبحث الثالث: تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والأنظمة التي تشابهها

يتضح مما تقدم أن الكفالة عقد بمقتضاه يضمن الكفيل تنفيذ التزام المدين بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه. فالكفالة من الناحية الاقتصادية اداة من أدوات الائتمان، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان. ولذلك قد نجد أن هناك أنظمة قانونية أخرى قد تشتبه بالكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو من حيث وظيفتها الاقتصادية. ومن بين هذه الانظمة سنعرض للالتزام التضامني، والانابة الناقصة، والتعهد عن الغير، وتأمين اليسار أو تأمين الائتمان.

ومما تجدر الاشارة إليه منذ البداية أن صفة التبعية هي الخصيصة المميزة لعقد الكفالة، عليها تبنى أحكامه ويرتب آثاره، وابتداء منها يمكن تمييزه عن غيره من العقود والأنظمة القانونية التي يمكن أن تشتبه به.

١ - تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين، من حيث أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن. وذلك على نقيض التزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر التزامه تابعا لالتزام المدين. ويترتب على صفة التبعية هذه ان للكفيل حتى ولو كان متضامنا أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن تأمينات. وكذلك يتمسك بسقوط التزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ انذار الكفيل له بذلك، وإذا لم يدخل الدائن في تفليسة المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التفليسة (أنظر أحكام المواد ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٦ مدني).

٢ - وتختلف الكفالة أيضا عن الأنابة الناقصة من حيث أن المناب يلتزم التزاما أصليا بجانب المنيب في مواجهة الدائن - أي المناب لديه. ولا يعتبر المناب كفيلا للمنيب في مواجهة المناب لديه. ومن ثم لا يستطيع المناب أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة الرجوع أولا على المنيب. ولا يجوز لن أن يتمسك بالدفع بتجريد أموال المنيب أولا وغير ذلك من أحكام على النحو الذى سوف نراه في الباب الثاني.

٣- تختلف الكفالة عن التعهد عن الغير من حيث أن فى التعهد عن الغير موضوع التزام المتعهد هو حمل الغير على قبول التزام معين، ولذلك فان التزامه التزام أصلى وليس التزام تابع. بينما الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين ويقوم بتنفيذه إن لم يف به المدين نفسه. فالمتعهد عن الغير لا يسأل عن الالتزام نفسه، وإنما يتعهد بقبول الغير لهذا الالتزام. ويبقى الغير الذى تعهد عنه حرية كاملة فى قبول التعهد أو رفضه. وبناء على ذلك ان لم يقبل الغير التحمل بالالتزام فان المتعهد يعتبر قد أخل بالتزام ترتب فى ذمته، ومن ثم يلتزم بتعويض المتعهد له عما ناله من ضرر. يضاف إلى ذلك أن التزام المتعهد لا يقوم فى نفس الوقت مع التزام الغير، إذ فى الوقت الذى يقبل فيه الغير الالتزام تبرأ ذمة المتعهد لأن تعهده قد تحقق.

٤- ولا يعتبر فى النهاية كفالة تأمين اليسار أو تأمين الائتمان. لأن المؤمن فى هذا التأمين يلتزم التزاما أصليا ومستقلا عن التزام المدين الذى يؤمن للدائن يساره. هذا الالتزام الأصلى ينشأ عن عقد التأمين ويجد سببا فى القسط الذى يلتزم المستأمن بدفعه. كما أن محل عقد التأمين هو تعويض الدائن عن الضرر الذى اصابه نتيجة اعسار المدين وليس تنفيذ التزام هذا الأخير.[1]

المبحث الرابع: مصادر التزام المدين بتقديم كفيل والشروط الواجب توافرها فى الكفيل

قد يكون هناك عقد أو حكم قضاء أو نص فى القانون يلزم المدين بتقديم كفيل، كما أن المشرع قد اشترط فى هذا الكفيل عدة شروط. فلنعرض لهاتين النقطتين على التوالى:

أولا - الكفالة الاتفاقية والقانونية والقضائية

الكفالة عقد بين الكفيل والدائن بمقتضاه يضمن الكفيل تنفيذ التزام ويتعهد

---

(١) - M. PICARD et A. BESSON, op. cit., No. 39, p. 64. et No. 349, p. 528.
- A. WEILL, op. cit., No. 10, pp. 13 et 14.
أنظر أيضا: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٤٠.

للدائن بالوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه. ويتضح من ذلك أن مصدر التزام الكفيل قبل الدائن هو دائما العقد.

وقد يتقدم الكفيل لضمان المدين من تلقاء نفسه، أى يبرم العقد بينه وبين الدائن دون أن يطلب منه المدين ذلك. وقد يكون هذا بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى رغم معارضته (م٧٧٥ مدنى) ولكن هذا نادر فى العمل إذ فى غالب الأمر يتقدم الكفيل لضمان المدين بناء طلب هذا الأخير. وعندما يطلب المدين من الكفيل أن يتقدم لضمانه، فانه قد يفعل ذلك دون أن يكون ملزما بذلك، وقد يفعله تنفيذا لالتزام مقرر عليه لمصلحة الدائن.

الالتزام الذى يقع على عاتق المدين بتقديم كفيل قد يكون مصدره اما الاتفاق وأما نص القانون واما حكم من القضاء، ولذلك جرى الفقه على تقسيم الكفالة إلى: كفالة اتفاقية، وكفالة قانونية، وكفالة قضائية. وهذا التقسيم مبنى على مصدر التزام المدين بتقديم كفيل.

- وتكون الكفالة اتفاقية فى حالتين: الحالة الأولى عندما يكون المدين ملزما بتقديم كفيل بناء على اتفاق سابق مع الدائن. والحالة الثانية عندما يقدم المدين كفيلا للدائن أو عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين. ففى كل هذه الحالات الكفالة تكون اتفاقية.

- أما فى الكفالة القانونية فيكون المدين ملزما بتقديم الكفيل بحكم القانون فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك. ومن ذلك نص المادة ٢/٤٥٧ مدنى. والتى تخول للبائع أن يقدم كفيلا إذا أراد استيفاء الثمن رغم التعرض للمشترى ورغم حق المشترى فى الحبس، والمادة ١/٩٩٢ مدنى تنص على أنه: «إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به». وكذلك نص المادة ٩٩٨ مدنى والذى يلزم صاحب حق الاستعمال فى المنقول أن يجرد هذا المنقول وأن يقدم كفالة به. هذا النص يمد تطبيق الاحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال والسكنى بما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين.

– وتكون الكفالة قضائية إذا كان المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب حكم قضائى، فيكون هذا الحكم هو مصدر الالتزام المدنى بتقديمها. وبناء على ذلك إذا كان حكم القضاء اقرارا لوجود هذا الالتزام فى الاتفاق أو فى القانون، فلا تكون الكفالة قضائية ولا يغير ذلك من طبيعتها الاتفاقية أو القانونية، لأن العبرة فى ذلك بمصدرها الأصلى. وعلى ذلك فان الكفالة تكون قضائية إذا كان أمر تقديم الكفيل متروك لتقدير محكمة. أما فى الحالات التى يكون فيها تقديم الكفيل وجوبيا، فان الكفالة تكون قانونية لا قضائية.

ومن أمثلة الكفالة القضائية المادة ٨٢٩ مدنى، والتى تقضى بأن المحكمة إذا ما وافقت على قرار الشركاء «الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع»، باجراء تغييرات أساسية تخرج عن حدود الادارة المعتادة، أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات. وكذلك المادة ٢/٩٠٠ والتى تخول للمحكمة أن تلزم أحد الورثة بتقديم كفالة إذا قضت بتسليمه بصفة مؤقتة، بعد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، الأشياء أو النقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة. ومن أمثلة الكفالة القضائية أيضا ما تضمنه قانون المرافعات فى المادة ٢٩٠ والتى تجيز للمحكمة عندما تأمر النفاذ المعجل ان تلزم المحكوم له بتقديم كفالة.

وترجع أهمية هذه التفرقة إلى الأحكام الخاصة التى أوردها المشرع بصدد الكفالة القانونية والقضائية. فقد نص القانون عن تضامن الكفلاء فى الكفالة القانونية والقضائية (م٧٩٥ مدنى). وبذلك قد جعل المشرع مركز الكفيل القانونى أو الكفيل القضائى أقسى وأشد من مركز الكفيل الاتفاقى، حيث يقرر اعتبار كل منهما متضامنا بقوة القانون ودون حاجة إلى اشتراط خاص بذلك فى العقد. بينما فى الكفالة الاتفاقية لا يعتبر الكفيل متضامنا الا إذا ارتضى ذلك صراحة.

وحكمة هذا التشديد ترجع إلى أن الدائن كان جديرا بالحماية فى الأحوال التى تدخل فيها كل من المشرع والقاضى ليلزم المدين بتقديم كفيل. ولزيادة فاعلية هذه الحماية قرر المشرع تضامن الكفلاء فى هذه الأحوال.

ورغم النص على تضامن الكفلاء، لم يفصح المشرع عن مدى هذا التضامن. فهل هو تضامن بين المدين والكفيل فقط؟ أم أنه تضامن بين الكفلاء فى حالة تعددهم؟

ويبدو لنا أن نية المشرع انصرفت إلى العموم[1]، حيث أن المادة ٧٩٥ تنص على أن «فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون **الكفلاء دائما متضامنين**». فالمشرع استعمل لفظ الكفلاء بصيغ الجمع، كما أن «ألف ولام» التعريف تفيد العموم والشمول. وقد أكد المشرع ذلك التفسير باضافة كلمة «دائما» والتى تدل على انصراف حكم النص إلى جميع الحالات، أى التضامن فيما بين الكفلاء أنفسهم إذا ما تعددوا أو فيما بينهم وبين المدين. ويؤكد هذا الرأى ما جاء فى الأعمال التحضيرية بصدد المادة ١١٥٠ من المشروع التمهيدى، حيث أن الفقرة الأولى فى هذه المادة تقضى بضرورة النص على التضامن بين الكفيل والمدين، وفى فقرتها الثانية تستلزم النص على التضامن بين الكفلاء الملزمين بعقد واحد، ثم استثنت فى فقرتها الثالثة الكفالة القانونية والكفالة القضائية من أحكام الفقرتين السابقتين. وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الأولى والثانية باعتبارهما تطبيقا للقواعد العامة. وبقيت الفقرة الثالثة حيث ولدت فى صيغتها الحالية فى نص المادة ٧٩٥ من القانون المدنى.[2] وقد كان مشروع التنقيح الذى نشر فى عام ١٩٤٠ قاطعا فى ذلك. إذ تقضى المادة ١١٥٥/٢ منه بأن «أما فى الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين.[3]

ثانيا – الشروط الواجب توافرها فى الكفيل

ان الغرض من تقديم الكفالة هو تأمين الدائن ضد مخاطر أعسار مدينه وذلك بضم ذمة أخرى إلى ذمة هذا الأخير.. وحتى تؤدى الكفالة الغرض منها كأداة

(١) أنظر عكس ذلك: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٤٢، ٤٣.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جزء ٥ ص٥٢٨.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص١ هامش (١).
– توفيق فرج، المرجع السابق، ص١٨.
– رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٦٢ و٦٣.

لضمان تنفيذ الالتزام الاصلى وتأمين الدائن فى استيفاء حقه، فانه يجب أن تتوافر شروط معينة فى الكفيل. ويجب أن تتوافر هذه الشروط فى جميع الأحوال التى يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل، أيا كان مصدر هذا الالتزام، أى سواء كان هذا المصدر هو الانفاق أو القانون أو القضاء. وقد وردت هذه الشروط فى نص المادة ٧٧٤ مدنى والتى تقضى بأنه «إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما فى مصر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا».

وعلى ذلك فانه كلما التزم المدين بأن يقدم لدائنه كفيلا وجب أن تتوافر فى الكفيل الذى يقدمه الشروط الآتية:

١ – يجب أن يكون الكفيل موسرا، أى قادرا على الوفاء بالالتزام الذى قام بضمانه إذا اقتضت الحالة ذلك. والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذى يقع عليه عبء اثبات يسار هذا الكفيل. ويسار الكفيل يقاس بما لديه من أموال كافية للوفاء بالدين الذى كفله. ويستوى أن تكون هذه الأموال منقول أو عقارات شائعة أو مفرزة متى كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن.[1] ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو سهولة تهريبه أو سهولة اخفائه أو لأى سبب آخر، فيستبعد من مال الكفيل الذى يضمن المدين. وكذلك إذا كان المال مرهونا أو مثقلا بحق عينى آخر كحق انتفاع، وجب أن يستبعد من قيمته ما أثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك.[2]

---

(١) القانون الفرنسى يشترط فى مادته ٢٠١٩ أن يكون مال الكفيل الذى يثبت يساره عقارا لا منقولا ما لم يكن الدين المكفول دينا تجاريا أو دينا زهيد القيمة.

ويرجع ذلك إلى أن الفكرة التى كانت سائدة عند وضع تقنين نابليون هى أن المنقول تافه القيمة. لكن المشروع الفرنسى والايطالى والذى استمد منه نص المادة ٧٧٤ من تقنينا، يجعل العبرة أيضا فى اقتدار الكفيل فيما يملكه من أموال عقارية (مادة ٧١٦). ومع ذلك، الحكمة ليست واحدة. فهذا ليس راجعا إلى أن المنقول تافة القيمة. وانما يرجع إلى سهولة اخفاء المنقولات وصعوبة الاستدلال عليها والتثبت من ملكيتها.

أنظر فى ذلك: عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص٥٣.

– السنهورى، المرجع السابق، ص٣٢.

- G. MARTY ET P. RAYNAUD, op. cit., T. II, Vol. I, No. 550, p.340.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، ص٣١ و٣٢.

وتوافر صفة اليسار أو الاقتدار فى الكفيل مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضى الموضوع. فقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان الكفيل الذى يريد المدين تقديمه موسرا أم لا.(١)

٢- ويجب أن يكون الكفيل مقيما فى مصر. والحكمة من هذا الشرط واضحة وهى أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل والرجوع عليه إذا لم يف المدين بالتزامه. ويقصد بالاقامة فى مصر هو أن للكفيل موطن فى مصر. ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما فى موطن المدين كما تقضى بذلك نصوص التقنين المدنى الفرنسى (م٢٠١٨ مدنى فرنسى). ولا يشترط أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يمكن أن يكون أجنبيا مادام مقيما فى مصر أى له موطن فيها. بل يكفى أن يكون للكفيل موطن مختار فى مصر يستطيع أن يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات.(٢)

ويجب أن يتوافر بطبيعة الحال لدى الكفيل أهلية الالتزام بالكفالة رغم سكوت النص وذلك وفقا لما تقضى به القواعد العامة.(٣)

وعلى ذلك إذا كان المدين ملزما بأن يقدم لدائنه كفيلا، أيا كان مصدر هذا الالتزام، فانه يجب أن تتوافر فى هذا الكفيل الشروط الثلاثة السابقة حتى يعتبر أن المدين قد وفى بالتزامه فى مواجهة الدائن.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص٥٣.

(٢) سليمان مرقس، الكفالة، فقرة ١٥ ص١٧.

- السنهورى، المرجع السابق، ص٣٢ هامش (٥).
- عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص٥٣ و٥٤.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, Loc. cit., No. 550, p. 340.;
- A. WEILL. op. cit., No. 22, p. 28.

(٣) قارن مادة ٢٠١٨ مدنى فرنسى.

- وانظر فى هذا المعنى: عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق ص٥٤.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٤٥.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, 10e cit, No. 550. p, 330.
- A. WEILL, op. cit., No. 22, p. 28.

لكن لنا أن نتساءل هل هذه الشروط لازم توافرها فقط عند تقديم الكفيل أم يجب أن تستمر ما دامت الكفالة قائمة؟

بالنسبة لأهلية الكفيل، العبرة بتوافرها عند انعقاد العقد، ولا يؤثر تغيرها بعد ذلك على التزام الكفيل وذلك طبقا للقواعد العامة.

لكن إذا أصبح الكفيل معسرا أو غير موطنه إلى خارج مصر بعد انعقاد الكفالة، فانه تطبيقا للقواعد العامة يسقط أجل الدين ما لم يقدر المدين للدائن ضمانا كافيا، وقد يكون الضمان الجديد كفيل آخر أو تأمين عينى.[1] بينما يرى جانب من الفقه أن المدين فى هذه الحالة ملزم بتقديم كفيل آخر وذلك كما هو مأخوذ به فى المادة ٢٠٢٠ مدنى فرنسى.[2]

وقد سمحت المادة ٧٧٤ مدنى للمدين الملتزم بتقديم كفيل أن يقدم عوضا عنه تأمينا عينيا كافيا. وقد يكون هذا التأمين العينى رهنا رسميا أو رهنا حيازيا. وهذا الحكم يتوخى مصلحة كل من المدين والدائن. فهو يسمح للمدين الملتزم بتقديم كفيل إذا لم يجد شخصا يكفله أو إذا وجد شخصا ولكن لا تتوافر فيه الشروط السابقة أن يقدم عوضا عن هذا الكفيل تأمينا عينياً بشرط أن يكون كافيا لتأمين الدائن فى استيفاء حق. كما أن هذا التأمين العينى يعطى ضمانا أكثر للدائن فى

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٢٠.
- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٤٦.
- لبيب شنب، المرجع السابق، ص٢٣٩.
- سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣١.
- توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢١.
- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٦٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص٥٧. - السنهورى، المرجع السابق.
- MAZEAUD, op. cit., No. 20, p. 27.
- AUBRY et EAU, op. cit.,T. VI, 1975, no, 218.
- G. Marty et RAYNAUD, op. cit., No 550, p. 340;
- A. WEILL, op. cit., No. 22, p. 29.

استيفاء حقه فلا يضار من عدم تنفيذ المدين لالتزامه بتقديم كفيل. وإذا نازع الدائن في كفاية التأمين العيني فان تقدير هذا الأمر متروك لقاضي الموضوع.

المبحث الخامس: الكفالة والتأمينات العينية:

سنعرض في هذا المبحث لتلاقي الكفالة والتأمينات العينية وأثر ذلك على أحكام الكفالة.

أولاً: الكفالة العينية:

الكفالة العينية تعتبر من التأمينات العينية المقدمة من الغير. وصفة الكفالة تأتي من أن شخص يتقدم لضمان دين غيره، وصفة التأمين العيني تأتي من أن الضمان المقدم للدائن له طبيعة هذا التأمين يتمثل في رهن على مال من أمواله[1] وتتميز الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية بأن الكفيل يقصر فيها التزامه ويحدد نفاذه في مال معين من أمواله، عقارا كان أو منقولا، يخصصه لوفاء الدين المكفول وذلك عن طريق إنشاء رهنا رسميا أو حيازيا بحسب الأحوال، لمصلحة الدائن.

وعلى ذلك فالكفالة العينية تختلف عن الكفالة الشخصية في أنها لا تنشئ التزاما شخصيا في ذمة الكفيل ولا تخول الدائن حقا شخصيا يكون له ضمان عام على جميع أموال الكفيل، بل تخوله حقا عينيا تبعيا على مال معين من أموال الكفيل يصبح مخصصا لوفاء الدين المكفول دون باقي أمواله.

وقد أقر التقنين المدني الكفالة العينية في المادة ١٠٥٠ مدني حيث تنص على أنه «إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال...»

- نظامها القانوني:

لم يفرد المشرع المصري نصوصا خاصا لتنظيم الكفالة العينية. ولكن من

(١) انظر Ph. Simler, op. cit., no 18 p. 17.

المستقر عليه فقها وقضاء أن مركز الكفيل العينى - فيما عدا الفروق السابق الاشارة اليها - كمركز الكفيل الشخصى من حيث اعتبار التزامه هذا التزاما تابعا واحتياطيا لالتزام المدين الأصلى وبالتالى تطبق على الكفالة العينية كل قواعد الكفالة بما لا يتعارض مع الطبيعة العينية للتأمين[1] فالكفالة العينية لا تختلف عن الكفالة الشخصية فى نهاية المطاف إلا من حيث طرق الوفاء[2] وعلى ضوء ما تقدم يمكن التفرقة فى هذا الصدد بين العلاقة بين الكفيل والدائن من ناحية والعلاقة بين الكفيل والمدين، أو الكفلاء الآخرين من ناحية أخرى:

- **فى العلاقة بين الكفيل والدائن**: فى هذه العلاقة نجد أن الطبيعة العينية للضمان هى الغالبة. فنجد أنه ليس للدائن ضمان عام على جميع أموال الكفيل بل له حقا عينيا تبعيا على مال معين من أموال الكفيل مما يعطيه حق الأفضلية وحق التتبع بخصوص هذا المال. وفى مقابل ذلك أن الكفيل العينى غير مسئول مسئولية شخصية عن الدين المكفول فانه يكون حكمه - إذا كان ما رهنه وفاء لذلك الدين عقارا - حكم حائز العقار المرهون، فيجوز له تخلية ذلك العقار ليتفادى نزع الملكية المتخذة فى مواجهته ويكون ذلك وفقا للاوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار (م ١٠٥١ مدنى)[2] كما أنه لا يكون للكفيل العينى حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك (م١٠٥٠ مدنى)[3]. لكن يجوز للكفيل العينى أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا حيث أن هذا

---

(١) انظر فى الفقه الفرنسى Baudry - Lacantinerie et whale, Des contrats aléatoires du memdat, du cautiomenent. 3e éd. 1907, Beudant et lerebours - Pigeonnière, cours de droit civil français, t. XIII, les sûretés, personnelles, par vairin 1948.

ومن الفقهاء من يرجح جانب التأمين العينى وينكر عليها صفة الكفالة
Aubry et Rau par Ponsard op. cit, no 240 p 360 note 41.

(٢) انظر مؤلفنا فى التأمينات العينية والشخصية فى منشأة المعارف ١٩٨٢ فقرة ١٠٦ هى ١٤٢، ١٤٣.

(٣) وذلك يرجع إلى أن الدائن لن ينفذ إلا على المال المرهون فقط دون باقى أموال الكفيل وذلك بخلاف الكفيل الشخصى إذا الدائن سينفذ على جميع أمواله.

الدفع مرتبط بالصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل وهذه الصفة متوافرة فى الكفالة العينية كما هى متوافرة فى الكفالة الشخصية. وطالما توافرت شروط هذا الدفع.

كما أن الكفيل العينى يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفع بالتقسيم إذا توافرت شروطه مع مراعاة أن الكفيل العينى غير مسئول إلا فى حدود المال الذى قرر عليه حقا عينيا تبعيا للدائن. ويترتب على ذلك أن مسئولية الكفيل العينى تختلف حسب الفروض الآتية:

- **فرض ١**: إذا كان قيمة المال الذى خصصه الكفيل للوفاء بالدين المكفول معادلة لهذا الدين أو مجاوزة إياه أعتبر الكفيل العينى ملتزما بكل الدين ونقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصى مناصفة.

- **فرض ٢**: أما إذا كانت قيمة المال الذى رهنه الكفيل أقل من قيمة الدين انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة إلى مجموع قيمة التزامهما ويمكن تحديد نصيب كل منهما على النحو التالى.

قيمة ضمان الكفيل العينى ١٥٠ ٠٠٠

وقيمة ضمان الكفيل الشخصى ٣٠٠ ٠٠٠ وهى قيمة الدين المكفول.

أى تكون النسبة ١ : ٢ = ٣ مجموع الاجزاء

ويحدد نصيب الكفيل العينى على النحو التالى

$$= \frac{\text{٣٠٠٠٠٠ (قيمة الدين المكفول)} \times ١}{٣} = ١٠٠٠٠٠ \text{ جنيه}$$

$$\text{ونصيب الكفيل الشخصى} = \frac{\text{٣٠٠٠٠٠ (قيمة الدين المكفول)} \times ٢}{٣} = ٢٠٠٠٠٠$$

- ويمكن تحديدها بطريقة أخرى

نصيب الكفيل العينى = (قيمة ضمانه ١٥٠٠٠٠ × ٣٠٠٠٠٠ مبلغ الدين المكفول) / (٤٥٠٠٠٠ قيمة الضمان كله) = ١٠٠٠٠٠

نصيب الكفيل الشخصى = (قيمة ضمانه ٣٠٠٠٠٠ × ٣٠٠٠٠٠ مبلغ الدين المكفول) / (٤٥٠٠٠٠ قيمة الضمان كله) = ٢٠٠٠٠٠

ومما تجدر ملاحظته أن الكفيل العينى لا يستطيع أن يتمسك بالصورة الخاصة للدفع بالتجريد المنصوص عليها فى المادة ٧٩١ مدنى، بينما يجوز للكفيل العينى التمسك بالدفوع المنصوص عليها فى المواد ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦ مدنى.

- فى العلاقة بين الكفيل العينى والمدين، وبينه وبين غيره من الكفلاء:

فى خصوص هذه العلاقة نجد أن قواعد الكفالة تنطبق تماما وأن الطابع العينى للضمان يتوارى إلى الخلف. وعلى ذلك يستطيع الكفيل العينى أن يرجع على المدين بكافة وسائل الرجوع المقررة للكفيل الشخصى بعد قيامه بالوفاء. كما أن للكفيل العينى أن يرجع على الكفلاء الآخرين، سواء كانوا كفلاء شخصيين أو عينيين، يتحمل كل منهم نصيبه فى الدين وفقا لما سوف نرى.

ثانيا: صور أخرى للتزاوج بين الكفالة الشخصية والتأمينات العينية:

تصادف هذا التزاوج فى صورتين:

الصورة الأولى: عندما يرتضى الكفيل والدائن أن يقوم الأول، فى نفس الوقت ونفس الدين، كفالة وتأمين عينى. فى هذه صورة نكون أمام إجتماع نوعين مختلفين من التأمينات، بأن يكون الكفيل مسئولا فى نفس الوقت مسئولية شخصية، فى جميع أمواله، ومسئولية عينية، فى حدود المال المخصص للضمان الوفاء، عن الدين المضمون. وفى هذه الحالة ينتج كل من النوعين من التأمينات، الشخصية والعينية، آثاره الخاصة به.

الصورة الثانية: تتمثل فى أن يقوم الكفيل الشخصى بتقديم تأمين عينى لضمان الوفاء بالتزامه التبعى ككفيل. وبذلك يكون هناك نوعان من التأمينات قد تراكبا superposées .[1]

وللتفرقة بين هاتين الصورتين أهمية خاصة، حيث أنه فى الصورة الثانية نجد أن التأمينات العينية محكومة فى صحتها وفعاليتها وبصفة خاصة فى نطاقها بالكفالة الشخصية. بينما فى الصورة الأولى نجد أن كل من النوعين من التأمينمات يتمتع باستقلالية فى مواجهة الآخر.

خطة البحث:

ستنقسم الدراسة فى هذا الباب إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: فى أركان عقد الكفالة وشروط صحته.

الفصل الثانى: فى اثبات الكفالة وتفسيرها.

الفصل الثالث: فى آثار الكفالة.

الفصل الرابع: فى انقضاء الكفالة.

---

(١) انظر فى هذه الصورة وأمثلتها القضائية.
Ph. Simler, op. cit., no 20 p. 19, V° notament note 29, 30 p. 19.

الفصل الأول

أركان عقد الكفالة وشروط صحته

تمهيد

ندرس في هذا الفصل أركان العقد من حيث الرضا والمحل والسبب والشروط الواجب توافرها لصحته. ولكن قبل التعرض لهذه النقاط بالتفصيل، يجب أن نلقي الضوء على الكفالة كعملية قانونية ثلاثية ثم نوضح من هم أطراف عقد الكفالة.

(١) الكفالة عملية ثلاثية:

إذا كان عقد الكفالة بالمعنى الضيق لا يكون الا بين الدائن والكفيل، الا أن تعريف الكفالة نفسه يدل على أن هناك شخصا ثالثا يهمه الأمر أيضا، وهو المدين الأصلي. فهو أحد عناصر عملية ثلاثية وهي الكفالة بالمعنى الواسع، بل أنه أحد العناصر الأساسية في هذه العملية.

وعلى ذلك فان الكفالة تشمل ثلاثة أنواع من الروابط:

١- رابطة بين الدائن والمدين. وفي هذه الرابطة قد يشترط الدائن على المدين أن يقدم كفيلا حتى يقبل العقد المقترح، وهذا ما يحدث عادة في عقد القرض. ولكن لا يلزم الاشتراط المسبق دائما عند ابرام هذا العقد، فقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أن يخشى الدائن اعسار مدينه فيطلب منه تقديم كفيل. بل أن الدائن في التزام ناشئ عن فعل ضار أو فعل نافع يستطيع أن يطلب من المدين بهذا الالتزام تقديم كفيل.

٢- في المرحلة الثانية يتعلق الأمر بالعلاقة بين المدين والكفيل، كأن يتفقا على أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين في حالة عدم وفاء المدين به، بل انه لا يلزم أن يكون هناك اتفاق بين المدين والكفيل إذ يمكن أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه

بضمان المدين بل وبدون علم هذا الأخير أو حتى مع علمه ورغم معارضته. وهذا فرض نادر فى العمل.

٣- أما الرابطة بين الدائن والكفيل فهى التى تجسد عقد الكفالة والذى بمقتضاه يتعهد الكفيل بأن يفى بالالتزام إذا لم يف به المدين نفسه. وعقد الكفالة هو النهاية الطبيعية للعملية القانونية الأوسع والمتمثلة فى الكفالة والتى تتضمن هذه العلاقات الثلاث.

(٢) طرفا عقد الكفالة: الدائن والكفيل دون المدين:

الذى ينبغى أن نوضحه، ومنذ البداية، هو أن عقد الكفالة لا يكون الا بين الدائن والكفيل. أما المدين فهو ليس طرفا فيه. ومع ذلك فهو عنصر أساسى فى عملية الكفالة. ولذلك فان التزامه الأصلى المكفول يؤثر تأثيرا قويا على عقد الكفالة باعتباره عقدا تابعا لهذا الالتزام، اذ يقوم على ضمان بالوفاء به. وسوف نصادف كثيرا أثر الالتزام الاصلى من حيث الوجود والصحة والبطلان والانقضاء والأوصاف على التزام الكفيل فى مراحل انعقاد عقد الكفالة وأثاره وانقضائه.

المبحث الأول

الرضا

ان عقد الكفالة مثله مثل غيره من العقود، قوامه الرضا الذى هو الأساس الطبيعى لكل عقد. ولذلك فان عقد الكفالة يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الارادة وشروط صحته. وهذا ما سنوالى شرحه بالاضافة إلى ما يتعلق بخصوصية عقد الكفالة.

المطلب الأول

التعبير عن الارادة

عقد الكفالة من العقود الرضائية التى لا يشترط فى انعقادها أى شكل خاص. ولذلك فان العقد يتم بالتراضى بين الكفيل والدائن ودون حاجة إلى أى اجراء آخر. وإذا كان عقد الكفالة يتم، كما سبق أن رأينا بين الكفيل والدائن فانه لا حاجة اذن إلى رضا المدين، إذ أنه ليس طرفا فى هذا العقد فلا يتوقف عليه قيامه. بل أنه يمكن أن يتم عقد الكفالة بدون علم المدين بل أيضا ورغم معارضته إذا ما علم بهذا العقد (مادة ٧٧٥ مدنى مصرى، تقابل المادة ٢٠١٤ مدنى فرنسى). لكن لما كان عقد الكفالة من العقود الخطرة بالنسبة للكفيل، فهل يلزم أن يكون رضا هذا الكفيل صريحا؟ كما أنه قد يحدث فى العمل أن يتم عقد الكفالة عن طريق الوكيل، فما هى شروط هذه الوكالة؟ ينبغى علينا أذن أن نبحث هذه النقاط بالتفصيل لنجيب على هذه التساؤلات.

لا يشترط رضا المدين ولا علمه بل يجوز أن تتم الكفالة رغم معارضته:

المدين،، كما سبق أن رأينا، ليس طرفا فى عقد الكفالة، ولذلك فان قيام هذا العقد لا يتوقف على رضائه، بل يجوز أن ينعقد عقد الكفالة بدون علمه بل ورغم معارضته إذا ما علم بهذا العقد وهذا ما تنص عليه المادة ٧٧٥ مدنى بقولها انه «يجوز كفالة المدين بغير علمه، ويجوز أيضا رغم معارضته»[1]

---

(١) نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٣ رقم ٢٢٧ ص ١٤٨٧.

هذا النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة، التى تجيز أن يكون الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته (م ٣٢٣ مدنى).

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية للمادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى والتى أصبحت بعد تعديل طفيف المادة ٧٧٥ من القانون المدنى، الحكمة من ورود هذا النص رغم أنه تطبيقا للقواعد العامة بقولها أنه إذا كان النص على أن الكفالة تجوز بغير علم المدين ورغم معارضه هو «حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة ما دامت الكفالة عقدا بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق ارادتيهما دون حاجة إلى رضا المدين أو علمه. وقد لا يكون هناك موجب لايراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خرج فى هذا الصدد عن أحكام الشريعة الاسلامية (م٨٦٢ من مرشد الحيران) وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم رضاه من حق الرجوع عليه».

وبالرغم من وجود هذا الحكم، فان حدوثه فى العمل نادر لأن الكفيل لا يتقدم عادة للضمان الا بناء على طلب المدين. فالمدين له مصلحة واضحة فى تقديم الكفيل وذلك حتى يتسنى له الحصول على ثقة دائنه وائتمانه. وأهمية هذا الحكم وأثره لا يظهران الا عند رجوع الكفيل على المدين بما وفاه عنه للدائن.

(٢) هل يشترط أن يكون رضا الكفيل صريحا؟

عقد الكفالة كما رأينا عقد رضائى، أى يكفى تطابق ارادتى الدائن والكفيل، وهما كما أسلفنا طرفا العقد. ويرجع فى ذلك إلى المبادئ العامة فى التعبير عن الارادة حيث أن المشرع لم يفرد لابرام الكفالة قواعد خاصة.

وتنص المادة ٩٠ من القانون المدنى بأن «التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود».

---

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص٦٣، ٦٤، ٦٥، سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣٦.

«ويجوز أن يكون التعبير عن ارادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا». وبالتطبيق لهذه القواعد نجد أن كيفية تعبير الدائن عن ارادته لا تثير أية صعوبة، فهو يعبر عن رضائه بالكفالة بارادته الصريحة أو الضمنية، بل أن السكوت يعتبر قبولا من جانبه إذ أن ايجاب الكفيل يتمخض لمنفعته (م٩٨/٢ مدني).

أما عن تعبير الكفيل عن ارادته، فقد أثارت جدلا فقهيا في مصر. وذلك لأن نص المادة ١/٢٠١٥ مدني فرنسي، نصت خلافا للمبادئ العامة على أن «الكفالة لا تفترض ويجب أن تكون صريحة» ويتطلب الفقه والقضاء في فرنسا أن يكون رضا الكفيل وحده صريحا وذلك لخطورة التزام الكفيل. أما الدائن فان رضاءه يجوز أن يكون ضمنيا وفقا للمبادئ العامة.[1]

وقد إستند جانب من الفقه في مصر إلى المعمول به في فرنسا وإلى نص المادة ٧٧٣ مدني مصري والذي يشترط الكتابة لاثبات الكفالة، كدليل على خطورة عقد الكفالة، وذهب إلى اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا.[2]

وفي الحقيقة أن الأخذ بهذا المبدأ لا يتفق مع القواعد العامة والتي تجيز أن يكون التعبير عن الارادة صريحا أو ضمنيا ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا. والكفالة لا تخرج عن هذه القواعد حيث أنه لا يوجد حكم خاص لها في هذا الصدد. كما أن اشتراط الكتابة لاثبات الكفالة ليس دليلا على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا. حيث أنه عند تخلف الكتابة يجوز اثبات الالتزام بما يقوم مقامها من اقرار معين ويمين. لكن نظرا لخطورة التزام الكفيل فانه يجب أن يكون رضاؤه واضحا.[3]

---

(١) انظر في تفصيل ذلك Ph. Simler, op. cit, no 50 p. 45 et s.

(٢) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٦٣، ٦٤، ٦٥، - سليمان مرقس، الوافي، فقرة ٢٠ ص٣٣، ٣٤.- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص٣٨.

(٣) السنهوري، المرجع السابق، الجزء العاشر، فقرة ٢٩ ص٧٣. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص٥٠ و ٥١. - توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢٥. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٧٥.

(٣) التوكيل بالكفالة:

إذا أراد الكفيل أن يعطى توكيلا لشخص بالكفالة وجب أن يكون التوكيل خاصا ومحددا. وذلك لأن عقد الكفالة كما رأينا عقد من عقود التبرع[١]. أما بالنسبة للدائن فتكفى الوكالة العامة لأن الدائن يفيد فى العادة من الكفالة بلا مقابل.[٢]

المطلب الثانى

شروط صحة الارادة

يجب حتى تقوم الكفالة صحيحة أن يصدر الرضا ممن يملكه، ويكون هذا الرضا غير مشوب بعيب من عيوب الارادة.

(١) الأهلية:

سبق أن رأينا أن الكفيل يتقدم عادة متبرعا لضمان الدين، أى أنه يلتزم بدون مقابل بضمان دين لا مصلحة له فيه. ولذلك يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع.[٣] ولما كانت الكفالة تعود على الكفيل بضرر محقق، وجب أن يكون رشيدا، أى بلغ الحادية والعشرين من عمره، وغير محجور عليه (م٤٤ مدنى)، والا وقعت كفالته باطلة بطلانا مطلقا.[٤]

وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا، فاذا كفل كانت الكفالة باطلة. كما لا يجوز للولى أو للوصى أو القيم أن يعقد باسم

(١) قارن السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٣٢ ص٨١.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٠ مكرر ص٦٨.

- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit., T. III, Vol. I, No 550, p 340.

(٣) قارن.

MAZEAUD, op. cit., T. III. Vol. I, no., 19, p. 26.

(٤) انظر عكس ذلك:

- G. MARTY et P. RAYNAUD, Loc. cit;

القاصر أو المحجور عليه، ولو بأذن المحكمة، عقد كفالة أى باعتباره كفيلا، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ولو بإذن المحكمة الا لواجب انسانى أو عائلى[(١)].

فلابد اذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغا سن الرشد غير محجور عليه.[(٢)]

وتجوز الكفالة باسم الشخص المعنوى من المفوض له بذلك. ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التى هو شريك فيها، كما يجوز للشركة أن تكفلة.[(٣)]

ان كان هناك توكيل بالكفالة، فانه فضلا على أنه يشترط أن يكون توكيلا خاصا ومحددا، فانه يشترط أن تتوافر فى الموكل لا الوكيل الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره الوكيل نيابة عنه. وذلك لأنه إذا كان العقد ينعقد بارادة النائب فانه ينتج أثره فى ذمة الأصيل. فيجب اذن أن تتوافر فى الموكل أى الكفيل أهلية التبرع.

ولكن يشترط مع ذلك أن يكون الوكيل أهلا لأن تصدر منه ارادة مستقلة، لانه يعبر عن ارادته هو، فيجب أن يكون مميزا ولو كان قاصرا. ولكن فى هذه الحالة يجوز للوكيل أن يطلب ابطال عقد الوكالة.[(٤)]

أما بالنسبة للدائن، وهو الطرف الآخر فى الكفالة، فان الكفالة تعتبر بالنسبة له عملا نافعا نفعا محضا، حيث أنه لا يلزم فى العادة بمقابل، ولذلك فلا يشترط فيه الا أهلية قبول التبرع، وهى أهلية الصبى المميز (م١١١/١ مدنى) ومن فى حكمه كذى الغفلة والسفيه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما (م١١٥/١).

---

(١) - MAZEAUD, Loc. cit.;
- AUBRY et RAU, op. cit., T. VI, No. 220, P. 323.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٢ ص٨٠.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٢ ص٨١.

(٤) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٨٧ ص٢٠٩.

(٢) عيوب الرضا فى الكفالة:

حتى يكون عقد الكفالة صحيحا، يجب، طبقا للقواعد العامة، ألا يكون الرضا فى هذا العقد مشوبا بما يلحق الارادة من عيوب، أى الغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال.

فى العقد الملزم لجانب واحد – كعقد الكفالة – نجد أنه لا ينشئ إلتزاماً إلا فى جانب أحد المتعاقدين – وهو الكفيل فى هذا العقد. ولذلك نجد أن مسألة عيوب الارادة لا تهم إلا الطرف المدين فى هذا العقد. أما بالنسبة للدائن فإنه وإن كان ليس بمنأى عن الوقوع فى غلط فى شخص الكفيل أو يساره مثلا إلا أنه ليس له مصلحة فى طلب إبطال العقد لهذا السبب. ففى مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلى الذى قدم له الكفالة ليطلب منه كفيل آخر وإلا يعرض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر، كأن يطلب سقوط الأجل مثلا.

أما بالنسبة للكفيل فإنه لما كانت هذه العيوب متعلقة بالارادة، وهذه الارادة تعد من الأمور النفسية، فيجدر بنا أن نتصور الوضع النفسى للكفيل عند ابرامه عقد الكفالة. فى الوضع المعتاد إذا كان الكفيل يقبل أن يعطى ثقته وائتمانه للمدين، فانه لم يدر فى ذهنه انه سيقوم فعلا بدفع دين المدين حيث أنه يأمل أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه. ونتيجة لذلك فأنه قد يحدث أن يحاول الكفيل أن يتحلل من التزاماته على أساس ان ارادته معيبة بعيب من عيوب الرضا.

وما يثور غالبا من مشاكل فى الواقع العملى يكون متعلقا بالغلط والتدليس. ولكى يطلب الكفيل ابطال عقد الكفالة نتيجة لوقوعه فى غلط فانه يجب أن يكون هذا الغلط جوهريا، وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م١٢٠ مدنى).

وتطبيقا للقواعد العامة يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط (م١/١٢١). ويكون

الغلط جوهريا إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية. إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد.

وعلى ذلك يمكن للكفيل أن يطلب ابطال العقد نتيجة لاعتقاده خطأ بيسار المدين، بشرط أن يثبت أنه لولا ذلك لما ارتضى أن يضمن المدين وأن الدائن كان يعتقد ذلك أو أنه كان يعلم بعدم يسار المدين أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك.(١)

فى فرنسا، القضاء متشدد بالنسبة للدائن. فقد حكم بأن الكفالة الصادرة من الكفيل بعد اعلان افلاس المدين كانت نتيجة غلط جوهرى من جانبه، وعلى ذلك على الدائن أن يثبت أن الكفيل كان يعلم بمركز المدين الأصلى قبل الكفالة.(٢)

وهذا يدل على مدى أهمية المدين فى عملية الكفالة. فبالرغم من أن المدين ليس طرفا فى العقد، فان الغلط فى شخصه أو صفة من صفاته يمكن أن تكون سببا فى ابطال عقد الكفالة من جانب الكفيل، لأن شخص المدين موضع اعتبار فى التعاقد.(٣)

أما بالنسبة للتدليس فان الأمور تثور على النحو التالى: يجب بطبيعة الحال حماية الكفيل من الحيل التدليسية التى يمكن أن تدفعه إلى التعاقد، وغالبا ما تصدر

---

(١) - Civ. 25 Oct. 1977, Gaz. Pal. 1978, i. Somm. 3; D. 1978, I.R 74.
- Vo aussi: A. WEILL, op. cit., les sûretés, p. 23; Ph. Simler, op. cit. no 131 p. 118 ets.

(٢) - Cv. 1er Mars, 1972, Bull. Civ. I, No. 70, p. 64; D. 1975, 733, note Malaurie et V aussi: R. Tendler, Article precité, p. 13.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٢٧.
- سمير تناغو، ص٣٧.

هذه الحيل التدليسية من المدين، ولما كان المدين ليس طرفا فى عقد الكفالة، فانه يجب على الكفيل لكى يحصل على حكم بابطال العقد للتدليس أن يثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس (م١٢٦ مدنى)[١]، ونفس الحكم بالنسبة للاكراه (م١٢٨ مدنى) وان كان تصور الاكراه بصدد الكفالة نادراً.[٢]

أما بالنسبة لنص المادة ١٢٩ من القانون المدنى والخاصة بابطال العقد نتيجة للاستغلال باعتباره عيبا من عيوب الرضا، فانه من المتصور أن تستغل إمرأة شابة الهوى الجامح لدى محبوبها الطاعن فى السن ليضمنها لدى الدائن لكى يمنحها قرضاً كبيراً. لكن يشترط فى هذه الحالة لكى يستطيع الكفيل أن يبطل عقد الكفالة أن يكون الدائن على علم بذلك حتى لا يفاجأ بابطال عقد لا يعرف عن سببه شيئا وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات.

---

(١) قارن حكم المادة ١١١٦ مدنى فرنسى والانتقادات الموجهة اليها. وانظر:

- A. WEILL, op. cit., les sûretés, p. 22; Ph. Simler, op. cit. no 139 p. 124 ets.
- M. REMOND Guiliaud, L'influence du rapport caution - débiteur sur le contrat de cautionnement, J.C.P., 1977, I, 2850.

(٢) انظر فى ذلك - Ph, Simler, op. cit., no 141 p. 128.

المبحث الثانى

المحـــل

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلى، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، وحيث يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلى المكفول موجودا وصحيحا. وعلى ذلك إذا كان الالتزام الأصلى غير موجود، أو وجد ثم أبطل، أو وجد صحيحا ثم انقضى لا يكون لالتزام الكفيل محل، ومن ثم يقع باطلا.[1]

ويشترط أيضا لصحة التزام الكفيل أن يكون محله معينا أو قابلا للتعيين، وهذا التعيين أو القابلية للتعيين مرتبط أيضا بالتزام المدين. أما شرط المشروعية فهو مفروض دائما لأن التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع فى جميع الأحوال.[2]

وتنقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين: الأول يتعلق بالالتزام المكفول من حيث مصدره ووجوده وصحته وتعيينه. والثانى يتعلق بدراسة نطاق التزام الكفيل والذى يتوقف مداه على عقد الكفالة ذاته من ناحية وعلى الالتزام الأصلى من ناحية أخرى.

المطلب الأول

الالتزام المكفول

كما سبق أن رأينا أن التزام الكفيل يتبع التزام المكفول فى وجوده وصحته وانقضائه، فينبغى علينا أن ندرس أولا مصدر الالتزام المكفول ومحله، ثم ندرس بعد ذلك وجوده وصحته وتعيينه.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص٦٨.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣٨.

أولا- مصدر الالتزام المكفول ومحله:

إذا كان يستلزم أن تستند الكفالة إلى التزام صحيح تضمنه، فان أى التزام يمكن كفالته، أيا كان مصدره وأيا كان محله. فيمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العقد، وهو الذى يقع فى الغالب، وكذلك يمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العمل غير المشروع، فيعترف المدين فى العمل غير المشروع بمبدأ المسئولية وبمقدار التعويض، ويأتى كفيل يضمنه فى هذا المقدار إلى أن يفى به. ويجوز كفالة التزام احتمالى مصدره العمل غير المشروع، فيأتى المدين الاحتمالى بهذا الالتزام لدائنه الاحتمالى بكفيل يضمنه[1]. ويمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره الاثراء بلا سبب أو رد غير المستحق أو الفضالة، كما يمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره القانون.[2]

وبالمثل لا يهم فى قيام الكفالة محل الالتزام، فيمكن كفالة الالتزام باعطاء، والالتزام بعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل. ولكن الذى يقع غالبا هو كفالة الالتزام الذى يكون محله مبلغا من النقود. فيأتى المقترض مثلا بكفيل يضمنه لدى المقرض فى مبلغ القرض. ولكن هذا لا يمنع أن يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول، كأن يأتى البائع بكفيل يضمنه لدى المشترى فى التزامه فى نقل ملكية المبيع، كما يجوز للمقاول أن يأتى بكفيل ليضمنه فى التزامه باقامة منشآت لدى صاحب العمل. ويجوز لتاجر ملتزم بعدم المنافسة لتاجر آخر بأن يأتى بكفيل يضمنه فى هذا الالتزام.[3]

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ١٨، ص٣٨.

- A. WEILL, op. cit., Les sûretés, No. 20, p. 25;
- AUBRY et Rau op. cit., T. VI, No 221, p. 325.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص١٣٨.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص١٣٨.

- A. WEILL, Loc. Cit.,
- AUBRY et RAU, Loc. cit.

كما يجوز أن يكون التزام الكفيل محلا لكفالة أخرى، ويسمى كفيل الكفيل مصدق الكفيل. فيلتزم المصدق بوفاء الالتزام إذا لم يف به الكفيل. ويعتبر الكفيل في علاقته بالمصدق كالمدين بالنسبة للكفيل. وتكون أحكام كفالة الكفيل هي ذات أحكام الكفالة. فلا يجوز للدائن أن يرجع على المصدق الا بعد رجوعه على كل من المدين والكفيل. ويكون للمصدق الدفع بالتجريد في مواجهة كل من المدين والكفيل. لكن ليس للمصدق أن يدفع بالتقسيم مع الكفيل لأنهما لا يكفلان دينا واحدا. فالمصدق يكفل التزام الكفيل، أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلي. وعند تعدد المصدقين ينقسم الدين عليهم لأنهم يكفلون جميعا التزاما واحدا هو التزام الكفيل.[1]

للمصدق أن يتمسك علاوة على ذلك بالدفوع التي يجوز للكفيل التمسك بها وكذلك الدفوع الخاصة به هو. كما له أن يتمسك بالتنفيذ على المال المحمل بتأمين عيني لضمان نفس الدين قبل التنفيذ على أمواله. وللمصدق أن يستعمل حقوق الكفيل الذى كفله باسم هذا الكفيل كما يستعمل الدائن حقوق المدين في الدعوى غير المباشرة. أما إذا كان المصدق متضامنا مع الكفيل فانه تسرى في علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن.

ثانيا – وجود الالتزام المكفول وصحته:

يستلزم لقيام الكفالة أن يكون هناك التزام مكفول، وأن يكون هذا الالتزام صحيحا. كما يلزم أن يكون هذا الالتزام معينا أو قابلا للتعيين. وسنوالي بحث هذه النقاط.

(١) وجود الالتزام الاصلي:

حتى يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا.

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص١٣٨.

لكن هذا لا يمنع من أن يكون هذا الالتزام مستقبلا أو شرطيا. ويجدر بنا أيضا أن نبحث مدى امكانية كفالة الالتزام الطبيعى.

(أ) كفالة الالتزام المستقبل:

قد ورد حكم كفالة الالتزام المستقبل فى نص المادة ٧٧٨ مدنى، والتى تقضى بأنه:

١- «تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، ...».

٢- على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ».

وصحة كفالة الالتزام المستقبل ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى نص المادة ١٣١/١ مدنى والتى تنص على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا». وتطبيقا للفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى لا تجوز كفالة الالتزام فى تركة مستقبله لأنه باطل وتبطل تبعا له الكفالة.

وكفالة الدين المستقبل شائعة فى العمل، ومثال ذلك كفالة الاعتماد الذى يفتحه البنك لاحد عملائه[١]. كما يجوز كفالة المدير أو أحد الشركاء لالتزامات الشركة المستقبلة[٢]. كما تجوز كفالة الرصيد المدين للحساب الجارى.[٣]

---

(١) - Cass Civ. 1er Sec, Civ. 13 Janv. 1965, Bull. T. I., No. 32.

وأنظر نقض ٩ مايو ١٩٧٢ مجموعة النقض السنة ٢٣ رقم ٢٥٧ ص ٢٦٨ والمتعلق بنشأت الالتزام المستقبل وتنازع القوانين من حيث الزمان بين لاقانون المدنى القديم والقانون المدنى الجديد.

(٢) - LYON, 14 février 1956, S 1957, 189:

- Civ. Sect. Com. 17 avril 1967, Bull. Civ. II, No. 146.

وأنظر أيضا نقض ١٩ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٢ رقم ٢٥٧ ص٥٢.

(٣) - Civ 1er Sec. 13 Janv, Loc. cit.,

- A. WEILL, op. cit., les sûretés, No. 20, p. 26, note 2.

وأنظر أيضا نقض ٥ مارس ١٩٧٦ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٧ ص٦٣٧ وهو متعلق بكفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجارى.

الكفالة فى جميع هذه الاحوال قائمة والكفيل ملزم بها، حتى قبل أن يوجد الدين. والكفيل لا يكون ملزما بمقدار محدد من المال قبل أن يوجد الدين، لكن يكفل المقدار الذى يوجد فيما بعد.(١)

فى فرنسا يسمح للكفيل أن يحدد التزامه بحد أقصى وبمدة معينة. لكن محكمة النقض الفرنسية اشترطت فى كفالة الالتزام المستقبل أن يعين الدين صراحة فى الاتفاق.(٢)

ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن هذا ليس شرطا اضافيا أو خاصا بكفالة الالتزام المستقبل، وانما هذا شرط عام بالنسبة لكل دين مكفول. ومع ذلك فان تحديد دين لم يوجد بعد أدعى وأهم منه فى دين قد وجد من قبل. كل هذه الاحكام مستقرة فقها وقضاء فى فرنسا ودون أن يكون هناك نص خاص متعلق بكفالة الالتزام المستقبل.(٣)

وكما يتضح من نص المادة ٧٧٨ مدنى فقرة أولى، فانه يجب أن يحدد مقدما مقدار الدين المستقبل المكفول فى عقد الكفالة. فيحدد مثلا الحد الأقصى الذى يمكن أن يكفله الكفيل فى الاعتماد المفتوح. والعلة من وضع هذا القيد واضحة، حيث أنه يقصد من وراء ذلك حماية الكفيل، لانه يقوم على كفالة دين مستقبل لم يوجد بعد، فلا أقل من تحديد المبلغ الذى يكفله حتى لا يتورط فى كفالة دين

---

(١) - A. WEILL, Loc. it.

(٢) - Cass. Com. 19 Nov. 1962, D. 1963, Somm. p. 63; Bull. Civ. III, No. 462;

- Cass. Com. 8 Mars 1971, D 1972, 262 et note Clairouin Touchard; Bull. Civ. 1971. IV, 63;

- V[0] aussi: Mazeaud, op. cit., T. II, vol. I, No. 13-2, p. 21.

(٣) انظر فى الاتجاهات الحديثة للقضاء الفرنسى - Ph. Simler, op. cit., no 202 et s. p. 171 ets.

لم يوجد ولا يعلم مقداره[1]. وقد كانت القواعد العامة تقضى، إذا لم يوجد نص، بجواز كفالة الدين المستقبل حتى ولو لم يحدد مقداره.[2]

أما المادة ٧٧٨ فقرة ثانية والتى تجيز للكفيل، إذ لم يعين مدة للكفالة، أن يرجع فيها فى أى وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ، فهى تطبيق للقواعد العامة فى العقود غير المحددة المدة والتى تجيز لأى من اطرافها أن ينهى العقد بارادته المنفردة، وذلك منعا لتأبيد العلاقات التعاقدية، وحفاظا على حرية الأفراد وتأمينا لاستقلالهم.[3]

ويشترط لكى ينتج هذا الانهاء أثره، باعتباره تعبيرا عن الارادة، أن يتصل بعلم الدائن وأن يكون ذلك قبل نشوء الالتزام المكفول وذلك طبقا للمبادئ العامة.[4]

وتطبيقا لذلك إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ورجع فيها قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه وعلم الدائن بذلك، فلا يكون الكفيل ضامنا لما ينشأ من دين فى المستقبل. اما إذا علم الدائن برجوع الكفيل بعد أن نشأ بعض الدين، فلا يكون ضامنا الا للجزء الذى نشأ دون غيره مما ينشأ فى المستقبل.

أما إذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته، فانه لا يجوز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة. إذا انقضت المدة ولم ينشأ الدين برئت ذمة الكفيل بصفة نهائية.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، ص٥٣. أنظر أيضا المذكرة التنفيذية للمشروع التمهيدى تعليقا على المادة ١١٣٦ منه والمقابلة للمادة ٧٧٨، مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص٤٥٧.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، ص٥٤.

(٣) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص٦٥، وأنظر أيضا:

- JACQUES AZEMA, La durée des contrats successifs, Thèse Lyon 1969, L.G.D.J., No. 181, p. 143 et No. 183, p 146;

- ROLAND TENDLER, Article précité, p. 132.

(٤) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص٦٦.

وقارن: عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص٨٩.

وقارن أيضا: نقض ٩ مايو ١٩٧٢ مايو ١٩٧٢ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٣ رقم ٣٢٣ ص٨١٩.

ولكن إذا نشأ جزء من الدين فقط خلال هذه المدة فهو غير ملزم الا بضمان هذا الجزء.[1]

(ب) كفالة الالتزام الشرطى:

قد تعرضت المادة ٧٧٨ أيضا لكفالة الالتزام الشرطى. فبعد أن نصت على جواز كفالة الدين المستقبل، أضافت أنه «......... يجوز الكفالة فى الدين الشرطى».

وهذ النص يعتبر أيضا تطبيقا للقواعد العامة، حيث أنه طبقا لهذه القواعد تجوز كفالة الدين الشرطى سواء كان الدين الأصلى المكفول معلقا على شرط فاسخ أو معلقا على شرط واقف[2]. وحيث أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلى فتأخذ وصفه، فإذا كان الالتزام الأصلى معلقا على شرط فاسخ، فان التزام الكفيل يكون أيضا معلقا على شرط فاسخ، ويسرى عليه ما يسرى على الالتزام الأصلى من أحكام. فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلى باتا، ويكون التزام الكفيل بالتبعية باتاً، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فان الدين الأصلى ينفسخ بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن، ويتبع ذلك انفساخ التزام الكفيل واعتباره كأن لم يكن.

إذا كان الالتزام الأصلى معلقا على شرط واقف، فان التزام الكفيل يكون أيضا معلقا على شرط واقف، ويأخذ حكم الالتزام الأصلى. فإذا تخلف الشرط الواقف، زال الدين الأصلى بأثر رجعى، واعتبر كأن لم يكن، ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل، ويعتبر كأن لم يكن. اما إذا تحقق الشرط الواقف، فان الالتزام الأصلى ينفذ بأثر رجعى، وكذلك ينفذ إلتزام الكفيل. ويصبح كل من التزام المدين الأصلى والتزام الكفيل نافذا وباتا وتسرى فى هذه الحالة أحكام الكفالة.[3]

---

(١) سمير تناغو، المرجع السابق، ص٤٧.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، ص٥١.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، ص٥٢.

(جـ) كفالة الالتزام الطبيعي:

الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص، أي ينقصه عنصر المسئولية وبالتالي لا يمكن فيه جبار المدين على التنفيذ. والكفالة تفترض بالضرورة أن هناك مدين أصلي ودائن له حق مقاضاة وجبار هذا المدين على التنفيذ عند الرجوع عليه. وعلى ذلك فلا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي لعدم امكان اجبار المدين بالتزام طبيعي على الوفاء، كما ان التزام الكفيل لا يمكن أن يكون اشد من التزام المدين الأصلي[1]. لكن إذا قام المدين بالتزام طبيعي بتقديم الكفيل لضمان الوفاء بالتزامه، فان هذا ينطوى على تعهد ضمني بالوفاء يتحول به الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، فتصح الكفالة بوصفها كفالة لالتزام مدني.[2]

وقد كان الامر على خلاف ذلك في القانون الروماني، وذلك لأن هذا يرجع إلى أن هذا القانون لم يكن قد وصل بعد إلى استخلاص الصفة التبعية للكفالة[3]. ولذلك كان يجوز كفالة الالتزام الطبيعي.

(٢) صحة الالتزام الأصلي:

كما سبق أن قلنا أن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة. ومن ذلك ان التزام الكفيل لابد وأن يرتكز على التزام أصلي صحيح ليضمن الوفاء به، وهذا ما قررته المادة ٧٧٦ مدني بقولها «لا تكون الكفالة

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص٥٦. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص٤٨. - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص٩٠. - توفيق فرج، المرجع السابق، ص٣٣. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٨٧.

- MAZEAUD. op. cit., T. III, Vol. 1, No. 14, p. 21;
- A. WEILL, op. cit.. No. 201. p. 269; Ph. Simler, op. cit., no 206 p. 174.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, No. 545, p. 337.

(٢) أنظر مؤلفنا في أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية ٢٠٠٠ ص١٩.

(٣) MAZEAUE. op. cit., T. III. No. 1. I, no. 14, p. 21.

صحيحة الا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا». وهو نفس الحكم الوارد فى المادة ٢/٢٠١٢ مدنى فرنسى. وبناء على ذلك فما هو حكم كفالة الالتزام الباطل، أو الالتزام القابل للابطال؟

(أ) حكم كفالة الالتزام الباطل:

إذا كان التزام الكفيل يتبع التزام الأصلى فى صحته وبطلانه، فان كفالة الالتزام الباطل تكون باطلة. وعلى ذلك تقع باطلة كفالةالهبة التى لا تأخذ الشكل القانونى، وكفالة الالتزام الباطل لانعدام الأهلية وكفالة الالتزامات المخالفة للنظام العام والآداب، كالديون الربوية والتصرفات المتعلقة بالتركات المستقبلة وغيرها.[1]

وقد نصت المادة ٧٨٢ مدنى فى فقرتها الأولى على أن «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين». ومن هذه الأوجه بطلان الالتزام المكفول، فكما يستطيع المدين أن يحتج بهذا البطلان، فان الكفيل يمكنه ذلك أيضا.[2]

ولا يكون الالتزام باطلا الا إذا كان التزاما عقديا، أما الالتزام غير العقدى فان القانون نفسه، لا الارادة، هو الذى يتكفل بانشائه واستمداده من مصدره فلا يكون باطلا. وعلى ذلك فالالتزام الباطل هو الالتزام الذى ينشأ عن عقد باطل. كما سبق أن رأينا فى الأمثلة السابقة فان بطلان العقد يترتب على إختلال ركن من أركانه،

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص٧٥.

(٢) - A WEILL. op. cit., No. 20, p. 26;

- MAZEAUD, Loc, cit., No.. 15, p. 22;
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 545, p. 335;
- AUBRY et RAU, op. cit. T. VI, No. 228, p. 335., Ph. Simler, op. cit. no 220 p. 184.

كأن يكون محله غير معين أو مستحيل أو غير مشروع، أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذى يتطلبه القانون.[١]

(ب) حكم كفالة الالتزام القابل للابطال:

إذا كان الالتزام قابلا للابطال، فانه مع ذلك يعتبر قائما ومنتجا لكل آثاره حتى يحكم بابطاله. وعلى ذلك فانه يجوز كفالة الالتزام القابل للابطال. ولكن تتبع الكفالة حكم الالتزام الأصلى، بمعنى أنها تكون هى الأخرى قابلة للابطال. فتظل صحيحة ومنتجة لآثارها ما بقى الالتزام الأصلى. فإذا حكم بابطال الالتزام الأصلى فان ذلك يستتبع بالضرورة ابطال عقد الكفالة. وللكفيل أن يحتج بكافة الأوجه التى يحتج بها المدين نفسه. وعلى هذا فان الكفيل يستطيع أن يتمسك بابطال التزامه نتيجة لقابلية الالتزام الأصلى للابطال. أما إذا كان الالتزام القابل للابطال أصبح صحيحا بالاجازة، فان هذا الالتزام يصبح صحيحا نهائيا بالنسبة للمدين الأصلى. ولكن للكفيل أن يتمسك بابطال الكفالة مالم يجز هو بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للابطال، أو مالم يسقط حقه فى التمسك بالابطال بالتقادم.[٢]

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٢٠ ص٤٢.
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص٥٩ و ٦٠.
- أنظر أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص٤٦٨.

(٢) انظر في نفس هذا المعني:
- السنهوري، المرجع الساب، فقرة ٢١ ص٤٤.، سليمان مرقس، الوافي، فقرة ٣٦، ٣٧ ص٦٢، ص٦٥.
- محمود جمال الدين زكي، فقرة ٣٤ ص٦١. وفقرة ٤٩ ص٩٦. وفي فرنسا:

- AUBRY et RAU par Ponsard, op. cit., T. VI, No. 228, p. 336; Baudry - Lacantinerie et Whal, no 954.
- G. COUITURIER: La confirmation des actes nuls, Thèse Paris, 1972, L.G.D.J., No. 51.

وأنظر عكس ذلك:
- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص٧٦.
- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٩٢.

- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No.. 16, p. 23;
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 543, p..338. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., no 157 p. 48.

وحجتنا فى ذلك هى المادة ١/٧٨٢ مدنى والتى اعطت الكفيل شخصيا الحق فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين. وأكدت هذا المعنى الفقرة الثانية من هذه المادة بايرادها استثناء على هذه القاعدة بمنع الكفيل من الاحتجاج بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد. وعلى ذلك فإذا كان المشرع يريد أن يعمم حكم الفقرة الثانية ما كان قصرها على نقص الأهلية، بل كان أطلق حكمها بالنسبة لكل حالات القابلية للابطال.[1] كما يضاف إلى ذلك أن طبيعة مركز الكفيل تستدعى دائما أن نحميه وأن نفسر دائما الشك لمصلحته، حيث انه يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه، وقد يكون تقدم للكفالة متحرجا نتيجة لاعتبارات صداقة أو اعتبارات عائلية. كما أن رعاية مصلحة الكفيل واضحة كل الوضوح من جملة الاحكام الواردة فى التقنين المدنى. وعلى ذلك يجب تفسير هذه المادة بالنظر إلى هذه الاحكام ككل.[2] وهو الحكم نفسه فى حالة تنازل المدين عن التمسك بالتقادم بعد ثبوت الحق فيه .

(جـ) الحكم الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية:

قد أورد المشرع حكما خاصا بكفالة ناقص الأهلية فى المادة ٧٧٧ مدنى والتى تقضى بأن «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول». وفى المادة ٧٨٢ مدنى بعد أن قرر المشرع كقاعدة عامة بأن «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين»، جاء فى الفقرة الثانية بحكم

(١) انظر عكس ذلك:

- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص٢٤.

- عبد الفتاح عب الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص٨٥، حيث أنهما يذهبان إلي تعميم حكم الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ إلي جميع حالات القابلية للابطال.

(٢) انظر موقف القضاء الفرنسي من الغاء الكفالة بالرغم من إبطال العقود الزمنية لضمان الالتزامات المستحقة علي إثر هذا الابطال. وكذلك بقاء الكفالة في حالة الحكم. ببطلان عقد التوريد المتضمن عقد قرض لعدم تحديد الثمن لضمان رد مبلغ القرض بالرغم بطلان عقد القرض ايضا انظر في تفصيل ذلك.
Ph. Simler, op. cit. no 226 p. 188 et s.

خاص بناقص الأهلية، حيث قرر: «على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس لديه أن يحتج بهذا الوجه».

يستخلص مما تقدم انه يجب أن يكون الالتزام المكفول قابلا للابطال لنقص أهلية المدين. ويكون المدين ناقص الأهلية إذا كان قاصرا مميزا أو من فى حكمه كالمحجور عليه بسبب غفله أو سفه – وبالتالى يجب أن نستبعد من نطاق هذا النص الحالة التى يكون فيها العقد باطلا بطلانا مطلقا لانعدام الأهلية، لعدم التمييز أو للجنون أو للعته.

ولنفهم حكم هذين النصين، يجب علينا أن نفرق بين فروض ثلاث:

الفرض الأول: إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية، وأن الكفيل لا يعلم بنقص أهليته: ففى هذه الحالة يكون التزام المدين قابلا للابطال بسبب نقص أهليته. ويتبع ذلك أن التزام الكفيل يكون أيضا قابلا للابطال وذلك لأنه التزام تابع للالتزام الأصلى. وبناء على ذلك إذا طلب المدين ابطال التزامه وحكم له بالبطلان، فان التزامه يعتبر كأن لم يكن وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر أيضا كأن لم يكن. وهذه الحالة تخضع للقواعد العامة السابق الاشارة إليها بصدد كفالة الالتزام القابل للابطال بصفة عامة. ويكون للكفيل أن يتمسك بقابلية التزامه للابطال ولو لم يتمسك به المدين نفسه، لأنه صاحب مصلحة فى التمسك بالقابلية للابطال وذلك تطبيقا للمادة ١/٧٨٢ مدنى والتى تخول له أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين. وفى هذه الحالة ينقضى التزام الكفيل وتبرأ ذمته، ولكن لا يؤدى ذلك إلى ابطال التزام المدين، إذ لا يحكم به الا إذا تمسك به صاحب الحق فى ذلك (م١٣٨ مدنى). كما أن انقضاء الالتزام التابع لا يؤدى إلى انقضاء الالتزام المتبوع. وهذا يبدو واضحا عندما يكون هناك سبب من أسباب البطلان الخاصة بعقد الكفالة. فإذا ما حكم ببطلان عقد الكفالة لا يؤدى هذا إلى بطلان الالتزام المكفول.

الفرض الثاني: إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية، وكان الكفيل عالما بنقص أهليته وقت التعاقد: في هذا الفرض يكون التزام المدين قابلا للابطال. ويكون التزام الكفيل قابلا للابطال بطريق التبعية. فإذا تمسك المدين بابطال التزامه وحكم له بالابطال فانه يعتبر كأن لم يكن وبالتالي يبطل التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن. لكن إذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه، أو أنه أجاز العقد الأصلي القابل للابطال، فأن العقد يظل قائما منتجا لآثاره وتظل الكفالة قائمة منتجة لآثارها. ولا يجوز للكفيل أن يحتج بنقص أهلية المدين ليبطل التزامه وذلك طبقا لنص المادة ٢/٧٨٢ مدني.

الفرض الثالث: أن يكون المكفول ناقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك بل انه تقدم ليكفل المدين بسبب نقص أهليته: وهذا هو الفرض الذي عرضت له المادة ٧٧٧ مدني. وطبقا لهذا الفرض فان كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلي عالم بنقص أهلية هذا الأخير. وأن العقد الذي أبرمه الدائن مع المدين قابل للابطال وبالتالي يجوز للمدين أن يبطله. وتوقعا لهذا الاحتمال عقدت الكفالة، إذ هي لم تعقد الا بسبب نقص أهلية المدين الأصلي.[1]

وعلى ذلك فان الكفيل ضامن للوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، وذلك في حالة عدم تمسك المدين بابطال التزامه. أما إذا تمسك المدين الأصلي بنقص أهليته وابطل العقد الأصلي، فان الكفيل يصبح هو الملتزم بالوفاء بالدين لا باعتباره كفيلا، حيث أن الالتزام الأصلي الذي يكفله قد زال. وانما باعتباره مدينا أصليا.

ويرى بعض الفقهاء أنه في هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلا، بل يكون مدينا أصليا، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف، وهو ألا ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام. فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلي الالتزام، وجب على

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢١ ص٤٨.

من تقدم بصفته كفيلا، وقد أصبح مدينا أصليا بتحقق الشرط، أن ينفذ هو هذا الالتزام.[1]

بينما يذهب آخرون فى تفسير هذه الحالة على أساس نظرية تحول العقد، المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ مدنى، بمعنى «ان كفالة التزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية، وتبقى كذلك ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه. فتبطل حينئذ الكفالة بهذه الصفة وتتحول إلى تعهد منشئ لالتزام اصلى فى ذمة من تعهد ككفيل».[2]

بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى تفسير هذا الحكم بأن «من يكفل التزام ناقص الأهلية وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية، يبرم عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير. يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه فى طلب الابطال، ويتعهد فى الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلى إذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الابطال. وعلى ذلك فما بقى الالتزام الاصلى قائما، سيبقى الكفيل ملتزما بصفة تبعية باعتباره كفيلا. أما إذا طلب المدين الابطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلى بأثر رجعى، زال التزام الكفيل تبعا لذلك بأثر رجعى. ولكن يتحقق بذلك الاخلال بالتعهد عن الغير، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الاصلى على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير، ويكون التزامه هذا التزاما أصليا غير تابع لغيره».[3]

ويبدو أن هذا الرأى هو الأقرب إلى المنطق ويفسر سبب التزام الكفيل باعتباره

---

(١) السنهوري: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢١ ص٤٩، والمرجع المشار اليه في هامش (١) ص٤٩.

(٢) سليمان مرقس، عقد الكفالة ١٩٥٩، فقرة ٣٥ ص٤٠. الوافي، فقرة ٣٥ ص٦١، ٦٢.

(٣) منصور مصطفي منصور، عقد الكفالة ١٩٦٠، فقرة ١٦ ص٣٤. - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص٨٥. - محمد علي أمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٤٣ ص٨١. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص٦٣. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص٤٢ و٤٣. - توفيق فرج، المرجع السابق، ص٣٢. - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٨ ص٤٠ و ٤١.

مدينا محليا بعد زوال الالتزام الأصلى المكفول نتيجة تمسك المدين الأصلى بالابطال لنقص أهليته.

(٣) تعين الالتزام الأصلى أو قابليته للتعيين:

وهذا الشرط ليس شرطا خاصا بالكفالة، وانما هو شرط عام بالنسبة لجميع العقود. وسوف ندرس هنا الالتزام غير المعين محله، وكفالة جزء من الالتزام الأصلى.

(أ) كفالة الالتزام غير المعين محله:

يجوز أن يكون الالتزام غير معين المقدار، متى كان قابلا للتعيين، كان يكفل شخص، بعد وقوع فعل ضار، التعويض الذى يحكم به على المسئول عنه. وهذا ليس سوى تطبيق للقواعد العامة التى يكفى لقيام الالتزام، وفقا لها، أن يكون محله قابلا للتعيين.[1]

(ب) كفالة جزء من الالتزام الأصلى:

إذا كان يحكم الكفالة مبدأ هام وهو الا يتجاوز التزام الكفيل حدود الالتزام الاصلى. فلا يوجد ما يمنع أن يلتزم الكفيل بأقل من الالتزام الأصلى، أى بجزء من الدين الأصلى. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٧٨٠ بقولها: «تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون» من الالتزام المكفول. وعلى ذلك فما تنص عليه الكفالة يلتزم به الكفيل بشرط ألا يكون التزامه أشد من الالتزام الأصلى (م٢/٧٨٠ مدنى) وهذا ما سنعرض له بالتفصيل فيما بعد.

---

(١) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص٦٦.
- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٨ ص٦١.

المطلب الثانى
نطاق التزام الكفيل

ولتحديد نطاق التزام الكفيل يجب الرجوع أولا إلى عقد الكفالة، حيث أنه هو الذى يحدد العلاقة بين الدائن والكفيل. ولما كان التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى، فان تحديد مدى هذا الالتزام يرتبط ارتباطا وثيقا بالالتزام الأصلى المكفول الذى قام لضمانه.

أولا – عقد الكفالة هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل:

الكفالة لا تفترض، وانما هى وليدة اتفاق بين الدائن والكفيل. فمن الطبيعى اذن أن نرجع إلى هذا العقد لمعرفة حدود التزام الكفيل. ويتحدد التزام الكفيل من حيث موضوعه، وأشخاصه، ومدته، وأوصافه.

(١) من حيث الموضوع: الكفالة المطلقة والكفالة المحددة:

إذا كفل الكفيل جزءا من التزامات المدين، فانه لا يسأل الا عن هذا الجزء، ولا يسأل عن الجزء الباقى. وعلى ذلك فإذا ضمن الكفيل الدين دون فوائد، فلا يسأل عن هذه الفوائد. وإذا كفل الفوائد البسيطة، فانه لا يكفلها مركبة. وإذا كفل الكفيل المستأجر فى دفع الاجرة، اقتصرت كفالته على الالتزام بدفع الأجرة، ولا يمتد إلى الالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد الايجار، كالتعويض عن التلف، أو التعويض عن الحريق. وإذا كفل الكفيل فتح اعتماد لغاية مبلغ معين، لم يكفل ما زاد على هذا الحد بالرغم من عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة، وإذا كفل عقد ايجار لم يكفل عقد ايجار يتلوه، ولو كان التجديد ضمنيا.[1]

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص٨٦.

– عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السبق. فقرة ٥٣ ص٩٥.

وقارن: نقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٧٢. مجموعة محكمة النقض، السنة ٢٣ رقم ٢٠٨ ص ٢٦٨، كفالة عقد فتح الاعتماد، لا تضمن الا التزامات العميل الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وحده ولا تمتد إلي الالتزامات التي تنشأ في ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعد أو مخالفة لشروطه.

إذا تضمن عقد الكفالة تحديدا دقيقا لما يرتضى الكفيل أن يكفله كما سبق أن رأينا فى الأمثلة السابقة، فالعقد يحدد مدى ما يرتضى الكفيل ضمانه، فتسمى الكفالة هنا محددة "limité" وهى لا تتجاوز الحدود التى رسمت لها فى العقد. فإذا اقتصرت الكفالة على أصل الدين. فان الكفيل لا يسأل عن غير ذلك، فلا يشمل التزامه توابع هذا الدين كفوائده ومصاريفه.

لكن قد لا يعين الكفيل محل التزامه. وتأتى الكفالة مطلقة بأن يضمن الكفيل الالتزام. ففى هذه الحالة قد وضع المشرع تحديدا قانونيا لما تشتمل عليه الكفالة فى المادة ٧٨١ مدنى. هذه المادة تقضى بأنه «إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فان الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل».

وعلى ذلك إذا كانت الكفالة غير محددة، فان الكفيل يسأل عن أصل الدين المكفول وملحقاته وتوابعه، كالفوائد القانونية أو الاتفاقية، وكذلك التعويضات الناشئة عن التأخير فى الوفاء، أو عن اخلال المدين بالتزامه بصفة عامة.

كما يسأل الكفيل عن مصروفات المطالبة بالدين، سواء وجهت المطالبة اليه أو إلى المدين أو اليهما معا[1]. ولما كان القانون يوجب على الدائن يوجه اجراءات المطالبة الأولى إلى المدين قبل أن يطالب الكفيل. والمصروفات التى ينفقها الدائن فى سبيل مطالبة المدين، كمصروفات التنبيه بالدفع ومصروفات رفع الدعوى عليه، يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها دائما. أما ما يجد بعد ذلك من مصروفات فان الكفيل لا يتحمل بها الا إذا كانت لاحقة لاخطار الدائن له بمطالبته للمدين.

أخطار الدائن للكفيل باتخاذ هذه الاجراءات أمر ضرورى، حيث أن الكفيل قد يقوم بالوفاء بالدين وبالتالى يتجنب المصروفات اللاحقة. أما إذا لم يخطر الدائن الكفيل بهذه الاجراءات، فأنه يكون مقصرا ويتحمل لذلك نتيجة تقصيره، ويكون

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص٩٧.

الكفيل غير ملزم بالمصروفات التى ينفقها الدائن بعد المطالبة الأولى. أما فى حالة اخطار الدائن للكفيل بهذه الاجراءات وعدم قيام هذا الأخير بالوفاء، فعليه أن يتحمل فى هذه الحالة نتيجة تقصيره هو، ويسأل لذلك عن المصروفات التى ينفقها الدائن بعد هذا الاخطار.

وحكم المادة ٧٨١ مدنى قاعدة مكملة أو مفسرة لارادة المتعاقدين. وعلى ذلك فان تطبيقها يتوقف على عدم اتفاق خاص يحدد ما قد يلتزم به الكفيل فى كفالته لدين مدينه.

(٢) من حيث الأشخاص: الكفالة لا تتعدى الشخص المكفول:

كما سبق أن رأينا أنه يجب أن يعين الدين المكفول تعيينا نافيا للجهالة، ويكون ذلك بصفة خاصة بتعيين أطراف الدين. وتعيين أطراف الدين يكون بتحديد شخص الدائن والمدين. وبالنسبة للدائن ليس هناك أدنى مشكلة، حيث أنه هو الطرف الآخر فى عقد الكفالة. أما بالنسبة للمدين فانه ليس طرفا فى عقد الكفالة، ولكنه مع ذلك يعتبر عنصرا هاما فى الكفالة ككل. ويترتب على الغلط فى شخص المدين أو فى صفة من صفاته قابلية عقد الكفالة ذاته للابطال.[١] كما انه إذا استبدل بالمدين الذى كفله مدينا آخر، برئت ذمته، ما لم يرتض كفالة المدين الجديد (م٣٥٨ مدنى). وكذلك إذا تمت حوالة الدين المكفول إلى شخص غير المدين الأصلى، سواء عقدت هذه الحوالة بين الدائن وبين هذا الغير، أم بين هذا الأخير وبين المدين الأصلى وأقر الدائن هذه الحوالة، برأت ذمة الكفيل مالم يقبل الحوالة (م٣١٨/٢ مدنى).

(٣) من حيث المدة: الكفالة لا تتجاوز الوقت المحدد لها:

إذا ارتضى شخص أن يتحمل بالكفالة إلى وقت محدد، فلا يتجاوز التزامه

---

(١) أنظر بصفة خاصة:

- M. REMOND - GUILLAUD, L'influemce du rapport cuation - débiteur sur le contrat de cautionnement, J.C.P., 1977, 1 - 2850.

حدود هذه الفترة[1]. وقد يحدد الكفيل وقتا معينا لنشوء الكفالة، كما فى حالة الالتزامات المستقبلة التى يعين الكفيل فيها مدة معينة تبرأ ذمته بعد انقضائها إذا لم ينشأ الالتزام المكفول خلالها. وقد يعين الكفيل وقتا لانقضاء الكفالة، كما إذا حدد فترة معينة من الوقت تبرأ ذمة الكفيل بعدها إذا لم يطالبه الدائن أو يطالب المدين خلالها.

(٤) من حيث الأوصاف: يمكن أن يلحق التزام الكفيل جميع الأوصاف التى يخلعها عليه هذا العقد:

فقد يكون التزام الكفيل معلقا على شرط واقف أو فاسخ، أو مقرونا بأجل واقف أو فاسخ دون أن يكون الالتزام الأصلى متصفا بذلك. وتسرى فى هذه الحالة القواعد العامة فى خصوص الشرط والأجل.

فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخرى يعتمد عليها الكفيل ويحل محل الدائن فيها، كتقديم رهن مثلا، ويكون التزام الكفيل فى هذه الحالة معلقا على شرط واقف إذا كانت الكفالة لا تنفذ الا اذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات. وقد يكون شرطا فاسخا إذا كانت الكفالة نافذة فى الحال بشرط أن يقدم الضمان المتفق عليه، فإذا لم يقدم له هذا الضمان، فان الشرط الفاسخ يتحقق وتزول بالتالى الكفالة بأثر رجعى.[2]

وقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف أو فاسخ، كأن يقرر أنه لا يلتزم بالكفالة الا ابتداء من وقت معين. أو إذا كان قد قرر أنه لا يكفل المدين الا بالنسبة للالتزامات التى يعقدها فى وقت معين. ففى الحالة الأولى، الكفالة لا توجد الا ابتداء من الوقت الذى حدده الكفيل. وفى الحالة الثانية إذا انقضى الوقت ولم يعقد

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص١٠٠.
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص٧٠.
وانظر ايضا نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٧٦ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٧ ص١٣٤٥.
(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٤ ص٨٣.

المدين الالتزامات المتفق عليها، فانه لا يضمن الديون التى يبرمها بعد انقضاء هذا الوقت.[1]

ثانيا – الالتزام الأصلى هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل:

الكفالة لا تكون صحيحة الا إذا ارتكزت على التزام أصلى صحيح. فعلى ذلك فان وجود التزام أصلى يعد ضروريا لقيام الكفالة. لأن الكفالة تقوم على ضمان هذا الالتزام. وعلى ذلك فان التزام الكفيل لا يصح أن يتجاوز حدود الالتزام الأصلى. وانما يمكن أن يكون التزام الكفيل أقل وأهون من الالتزام الأصلى المكفول. كما أن أى تغيير يحدث فى الالتزام، فان الكفيل يستفيد منه إذا كان فى مصلحته ولا يضار منه إذا لم يكن كذلك.

(١) لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون منه:

وقد نصت المادة ٧٨٠ مدنى على أنه:

١ – لا يجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول.

٢ – ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون.

وعلى ذلك فان الالتزام المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل. فلا يجوز أن يكون مقدار التزام الكفيل أكبر من مقدار التزام المدين. ولا يجوز يلتزم الكفيل بدفع الفوائد إذا كان الدين الأصلى غير منتج لها. كما لا يجوز أن يلتزم بدفع فائدة بسعر أعلى من السعر الملتزم به المدين الأصلى. وإذا كانت الفائدة على أصل الدين بسيطة فلا يجوز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة. لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد فى أوصافه من الالتزام المكفول، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا بينما التزام المدين مضافا إلى أجل، أو أن يكون التزام الكفيل باتا بينما التزام المدين معلقا

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٤ ص٨٤.

على شرط. لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول. كما أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل مدنيا بينما يكون التزام المدين التزاما طبيعيا.

كما أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول في طريقة الوفاء، فإذا سمح للمدين بأن يفي بالدين مجزأ فلا يمكن للدائن اجبار الكفيل عن الوفاء بالدين جملة واحدة. لا يجوز أن يلتزم الكفيل بالدفع في مكان أبعد من المكان الذي التزم المدين بالدفع فيه. ولا يجوز أن يقترن التزام الكفيل بشرط جزائي إذا كان التزام المدين غير مقترن بذلك الشرط.

وإذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل، بل انقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول[1]. وهذا يعتبر تطبيقا للقواعد العامة (م١٤٣ مدني).

إذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول، فانه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون أهون في مقداره وشروطه، فيجوز أن تقتصر الكفالة على جزء من الدين، أو على أصل الدين دون فوائده، ويجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلي لأجل أطول من أجل الدين الأصلي. ويجوز أن يكون التزام الكفيل مضافا إلى أجل حين يكون الدين المكفول منجزا. ويجوز أن يعلق الكفيل التزامه على شروط خاصة. كوجود تأمينات عينية تضمن الدين المكفول يقدمها المدين أو غيره. أو تخصيص المبلغ المكفول لأمر معين.[2] أو منح الدائن للمدين أجلا للوفاء. فإذا لم يتحقق الشرط في هذه الأحوال زالت الكفالة.

(٢) الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي دون أن يضار منه:

سبق أن رأينا أن التزام الكفيل لا يجوز أن يتجاوز حدود الالتزام الأصلي، فهو

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢٥ ص٦١.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢٥ ص٦٢ و٦٣.

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص٧٥.

- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص٥٥.

يتحدد بحدوده ويتقيد بشروطه وقت انعقاد الكفالة. لكن يمكن أن يستفيد الكفيل من كل تغيير في شروط التزام المدين، ولكن لا يضار من هذا التغيير، بحيث لا يجوز للدائن ولا للمدين ولا لهما معا أن يزيدا من العبء الواقع على الكفيل[1]. وعلى ذلك فإذا منح المدين أجلا للوفاء فان الكفيل يستفيد من هذا الأجل، وله مع ذلك أن يتمسك بالأجل القديم إذا كانت له مصلحة في ذلك، كأن يتمكن من الرجوع على المدين في الوقت المناسب وقبل أن يلحق به الاعسار.[2] وإذا اتفق المدين مع الدائن على النزول عن أجل الدين، فان هذا الاتفاق لا يسري في حق الكفيل، فلا يرغم على وفاء الدين الا عند حلول هذا الأجل، وإذا اتفق المدين والدائن على زيادة سعر الفائدة في مقابل مد الأجل، لم يسر هذا الاتفاق في حق الكفيل ويبقى هذا ملتزما بسعر الفائدة كما كان وقت الكفالة.

وإذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط واتفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط وجعل الالتزام باتا، بقي التزام الكفيل كما كان معلقا على الشرط ولا يسري في حقه نزول المدين عنه، وإذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله، بقي الأجل قائما بالنسبة إلى الكفيل.[3]

ما إذا تحسن مركز المدين فان للكفيل أن يفيد من هذا التحسن. فإذا مد الدائن أجل الدين دون مقابل، استفاد الكفيل من هذا المد وله الحق أن يتمسك بهذا الأجل الجديد. وإذا تنازل الدائن للمدين عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو أنقص سعر الفائدة، فان الكفيل يمكن أن يستفيد من هذا التغيير في شروط الدين طالما أنه في مصلحته، وله أن يتمسك به في مواجهة الدائن.[4]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص١٠٤.
(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص٥٤.
(٣) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٥ ص٨٤ و٨٥.
- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص١٠٤.
- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص٥٤.
(٤) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٥ ص٥٨.

المبحث الثالث

السبب

ترجع صعوبة تطبيق نظرية السبب على الكفالة إلى طبيعتها الخاصة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية. فهناك العلاقة بين الدائن والمدين، ثم العلاقة بين الكفيل والدائن، والعلاقة بين الكفيل والمدين، رغم أهميتها، فهي علاقة خارجة عن نطاق عقد الكفالة، لأن المدين ليس طرفا في هذا العقد. وفي نطاق هذه العلاقة، قد يكون سبب كفالته هو اسداء خدمة للمدين بتوفير الائتمان له. أو قد يكون المقابل الذى يتقاضاه من المدين، أو قد يكون بقصد قضاء دين عليه لهذا الأخير. فهل يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بما قد يعترى علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو من عدم مشروعية الباعث؟؟ وبناء على ذلك يطالب ببطلان الكفالة؟؟

ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز ذلك، لأن الكفالة تصرف مجردة acte abstrait ولذلك فان التزام الكفيل يبقى صحيحا ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع.[1]

---

(١) في فرنسا أنظر بصفة خاصة:

- BEDANT, Cours de droit civil français 2e édit, publiée par: R. Beudant et Lerebours Pigeonnière T. XIII, par Voirin No. 75. Capitant, De la cause des abligations Paris 1923 nos 83 et s, 174 et ; Rieg. le rôle de la volonté dans l'acte Juridique L. G. D. J. 1961 no 287; J. Ghestin. les obligations. le contrat no 7(8 p. 598, Vivent, le fondement. juridique des obligations abstraits D.S. 1978 Chron 39.

في مصر انظر: السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، فقرة ٣٨٧، ٥١٢.

أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدين المصري، الطبعة الثانية جزء ١، فقرة ٢٢٣.

- محمود أبو عافية. التصرف المجرد، رسالة القاهرة ١٩٤٦، النسخة العربية ص٢١٤ - ٢١٨.

- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ١٩٥٨، فقرة ٢٣٧.

على أن غالبية الفقهاء فى كل من مصر وفرنسا يذهبون إلى عكس ذلك ويرون أن التقنين المدنى يستلزم أن يكون للالتزام الارادى سبب مقصود وأن يكون الباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد مشروع (المادة ١٣٩ مدين مصرى، والمادة ١١٣١ مدنى فرنسى) ويستبعد بالتالى فكرة التصرف المجرد كقاعدة عامة، ولم يوجد فى نصوص هذا القانون ما يدل على أن المشرع قد استثنى الكفالة من هذه القاعدة.[1]

- أثر العلاقة الثلاثية للكفالة على فكرة السبب:

فى الواقع أن سبب الكفالة أثار ومازال يثير العديد من المناقشات حول تحديده. وهذا يرجع بطبيعة الحال إلى أن عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد. وفى هذا النوع من العقود يكون سبب التزام المدين هو وجود التزام سابق - مدنى أو طبيعى - فيما بين الدائن والمدين إذا كان معاوضة ونية التبرع إذا كان العقد من عقود التبرع. وفى عقد الكفالة نجد أن الكفيل يتقدم للدائن لضمان الوفاء بالتزام المدين دون أن يكون ملتزما بذلك فى مواجهة الدائن لا بمقتضى إلتزام مدنى أو التزام طبيعى. ولذلك يبقى السؤال قائما لماذا التزم الكفيل فى مواجهة الدائن؟ بطبيعة الحال لا نجد الاجابة على هذا السؤال فى العلاقة بين **الدائن والكفيل** ولكن نجد الاجابة على هذا السؤال فى العلاقة بين **الدائن والمدين**. نجد أن الكفيل التزم فى مواجهة الدائن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٧٠.

- محمد علي امام، المرجع السابق، فقرة ٥.

- سليمانمرقس، المرجع السابق، فقرة ٣٨ و٣٩. ص٦٦ وما بعدها.

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص٥٥.

وفي فرنسا قد أدينت النظرية التي تقول بأن الكفالة تصرف مجرد في حكم شهير في ١٩٧٢ أنظر:

- 8 Nov. 1972, D. 1973, note Ph. Malaurie:, Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 137 p. 40 et s.

- A WEILL, op. cit., No. 18, p. 24;

- J. FLOUR, op. cit., note 4, p. 189.

- R. TENDLER, Article précité, p. 130; Ph. Simler, op. cit, no 170 p. 147 et s.

ليسمح للمدين بالحصول على الائتمان من الدائن أو على أى ميزة أخرى. وهذا يرجع إلى صفة التبعية للكفالة وكذلك إرتباطه بوظيفتها كوسيلة للضمان. هذا هو سبب التزام الكفيل والذى يشترط فيه أن يكون موجوداً لحماية الكفيل حتى لا يلتزم فى مواجهة الدائن دون سبب. وهذا السبب يستجيب للشروط الموضوعية للنظرية التقليدية للسبب فهو سبب موضوعى ومجرد ومباشر وغير متغير. وعدم وجود السبب بهذا المعنى يؤدى إلى بطلان التزام الكفيل.

- أما بالنسبة للباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد - فهو شخصى وغير مباشر ومتغير يختلف من كفيل إلى كفيل - ويشترط فى هذا الباعث أن يكون مشروعا. وهذا يتمثل فى الاجابة على السؤال التالى لماذ تقدم الكفيل لضمان هذا المدين بالذات فى مواجهة الدائن؟؟ الاجابة على هذا السؤال ستختلف من كفيل إلى آخر. فمن الكفلاء من يضمن المدين لدى الدائن بسبب رابطة القرابة أو الصداقة التى تربطه بالمدين أو بسبب العلاقة المهنية. ومنهم بسبب ما عليه من التزام للمدين، أو بسبب ما حصل عليه من مقابل من هذا المدين وغير ذلك الكثير من البواعث.

ويشترط فى هذا الباعث أن يكون رئيسى ودافع للتعاقد وأن يكون مشروعاً. كما يجب أن يكون المتعاقد الآخر - الدائن - على علم به وذلك لاستقرار المعاملات، حتى لايفاجأ ببطلان عقد لا يعلم عن سببه شيئا.. وإذا كان الباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد غير مشروع كان العقد باطلا بشرط أن يكون الدائن على علم به. مثال ذلك أن يكفل شخص خليلته لا لشئ إلا ليحظى باستمرار معاشرتها له[1] فالباعث الرئيسى الدافع إليه غير مشروع لمخالفته لحسن الآداب[2] حتى ولو كان سبب الالتزام موجوداً بأن حصلت الخليلة من الدائن بالفعل على الائتمان

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٦٩.

(٢) أنظر أيضا:

- Nancy, 12 nov. 1904, D. P., 1905, 2. 160; et comp: Paris, 10 Janv 1905, D.P. 1905, 2. 158.

- A. WEILL, op. cit., note 5 p. 24.

الذى تبغيه ولكن بشرط أن يكون الدائن على علم بهذا الباعث غير المشروع حتى تكفل له الحماية اللازمة.

- إثبات السبب:

إذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعية الباعث، فإن عبء الاثبات يقع على عاتق المدين - الكفيل - إذ عليه أن يثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام أو الآداب (م١٣٧ مدنى مصرى - ١١٣٢ مدنى فرنسى) وعلم الدائن بالباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد أو امكانية علمه بذلك. وللكفيل أن يحتج فى ذلك إلى كافة طرق الاثبات.[1]

---

(١) انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا في مصادر الالتزام السابق الاشارة إليه ص٢١٨ وما بعدها. وانظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٧٠.

الفصل الثانى
اثبات الكفالة وتفسيرها

إذا ما توافر لعقد الكفالة أركان انعقاده وشرئط صحته، فانه يكون قائما منتجا لآثاره. ولكن قد يثور بعد ذلك مشكلة متعلقة باثبات هذا العقد أو بتفسيره. ولذلك نرى أنه من الضرورى التعرض لهاتين النقطتين قبل الكلام عن آثار هذا العقد وطرق انقضائه.

أولا: الكتابة كشرط لاثبات الكفالة:

تنص المادة ٧٧٣ مدنى على أن «لا تثبت الكفالة الا بالكتابة، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلى بالبينة».. وبذلك يكون قد خرج المشرع عن القواعد العامة فى الاثبات، والتى تجيز الاثبات بالبينة إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد عن خمسمائة جنيه (م ٦٠ من قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩). والحكمة من هذا التشدد فى اثبات الكفالة هو أن الكفيل سوف يلتزم ويكون مسئولا عن الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، وعادة يكون التزام الكفيل بدون مقابل. فلذلك استلزم المشرع أن يكون ثبات هذا الالتزام بالكتابة حتى ينبه الكفيل إلى خطورة ما هو مقدم عليه. ولهذا السبب نفسه قد اشترط المشرع الفرنسى أن يكون رضا الكفيل صريحا.[1]

وتبرز المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ذلك بقولهما: «بأنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الاثبات لأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع. وقد يكون من العسير أو قد يستحيل أحيانا تعرف طبيعة تدخل الكفيل، وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص٧٩.

من طريق شهادة الشهود وحدها. ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الاثبات بالبينة. فلهذه الاسباب قد قرر المشرع حماية للكفيل عدم جواز اثبات الكفالة الا بالكتابة».[1]

واثبات الكفالة بالكتابة شرط ضرورى فى العلاقة فيما بين الكفيل والدائن. وحيث أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، وهو الكفيل، فان الاثبات بالكتابة سيكون دائما فى مواجهته. ومثال ذلك أن ينكر الكفيل كفالته لدين المدين، ففى هذه الحالة يجب على الدائن أن يقدم الدليل الكتابى على وجود عقد الكفالة إن أراد أن يستفيد من هذا الضمان الشخصى. أما بالنسبة للكفيل فانه يستطيع أن يتمسك بعقد الكفالة فى مواجهة الدائن، كأن يطالبه مثلا بما يكون قد دفعه زائدا عن المستحق عليه، ويمكنه فى هذه الحالة الاثبات بغير الكتابة إذا كان ذلك جائزا طبقا للقواعد العامة.[2]

أما بالنسبة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين، كأن يرجع الأول على الثانى بعد الوفاء بالالتزام، فانها تخضع للقواعد العامة فى الاثبات بالبينة والقرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بخمسمائه جنيه فأقل (م١ قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩).[3]

يرى بعض الفقهاء أن الكتابة ضرورية لاثبات الوعد بالكفالة[4]، لوحدة العلة وعمومية نص المادة ٧٧٣ مدنى. ويرى بعض الفقهاء أن العلة فى هذا الاشتراط هى أنه إذا نكل المدين بوعده، فان حكم القاضى يقوم بصدده مقام العقد النهائى. ولا يجوز التمسك بوعد يؤدى إلى عقد نهائى الا إذا كان هذا الوعد ثابتا بالكتابة.[5]

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جزء ٥، ص٤٢٦.
- وقارن محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص٥٦ و٥٧.
(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص٥٦.
(٣) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص٨٠.
(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص٧٢.
- منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، ٢٥ ص٥٠.
(٥) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص٥٦.

ومما يجب التشديد عليه هو أن شرط الكتابة ليس شرطا للانعقاد وانما هو شرط للاثبات. بمعنى أن الكفالة عقد رضائى قائم ومنتج لآثاره طالما انه مستوف لأركانه وشرائط صحته، ولو لم يكن مكتوبا. وكل ما يثور عند تخلف الكتابة يتعلق باثبات العقد وليس بوجوده. ومع ذلك يجوز اثبات الكفالة عند تخلف الكتابة بما يقوم مقامها كالاثبات باليمين أو الاقرار. كما أنه يجوز الاثبات بالبينة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة (م ٦٢ من قانون الاثبات) أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد الدائن السند الكتابى لسبب أجنبى لايد له فيه (م٦٣ من قانون الاثبات). [١]

إذا كان التزام الكفيل تجاريا، فانه لا يلزم بداهة لاثباته بالكتابة وانما يمكن اثباته بالبينة والقرائن، وذلك طبقا للمبادئ العامة.

وإذا كان يراد من الكتابة هو الاحتجاج على الغير، فانه يجب أن تكون هذه الكتابة ثابتة التاريخ. كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن فى رهن رسمى مثلا وكان هناك دائن مرتهن تال له فى المرتبة.[٢]

ثانيا – التفسير الضيق لعقد الكفالة:

إذا نظرنا إلى الحالة النفسية التى يكون عليها الكفيل وقت التعاقد نجد أنه إذا كان قد تقدم ليضمن المدين لدى الدائن حتى يسمح له بالحصول على الائتمان الذى يبغيه فانه لم يدر فى ذهنه فى ذلك الحين أنه سيدفع أو يتحمل مخاطر دفع هذا الدين. كما أن الكفيل يتقدم غالبا ليضمن دين لا مصلحة له فيه وبدون مقابل.

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص٧٩. – عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص٧٣. – محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص٥٧. – سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص٥٧. – منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، ص٥٠.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص٨٠.

وبالنظر إلى الوضع الخاص للكفيل، وإلى الطبيعة الخاصة لعقد الكفالة نجد أن المشرع قد صاغ معظم أحكام الكفالة وهو آخذا فى اعتباره حماية الكفيل. وسوف يبدو ذلك واضحا جليا عند دراسة آثار الكفالة أو طرق انقضائها. وقد سبق أن رأينا أثر ذلك بصدد انعقاد الكفالة. وتنعكس أيضا هذه الطبيعة الخاصة، بصفة خاصة، على تفسير الكفالة حيث أن المبدأ هو التفسير الضيق للكفالة. وعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيحدد التزامه فى أضيق نطاق تتحمله عبارات الكفالة.[1]

واذا كان قاضى الموضوع هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل ويفسر عقد الكفالة فى هذا الخصوص، فانه فى كل ذلك يقضى فى مسألة موضوعية ولا رقابة عليه من محكمة النقض فى هذا الصدد. أما فيما يتعلق بمبدأ تفسير الكفالة تفسيرا ضيقا دون توسع، فان الامر يتعلق بقاعدة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض.[2]

وقد كانت القاعدة التى تقضى بالتفسير الضيق للكفالة معروفة فى القانون الفرنسى القديم، فكان يقال انه لا يجوز التوسع فى تفسير الكفالة، لا من حيث الشيء، ولا من حيث الشخص، ولا من حيث الزمان.[3] ويراد بذلك حماية الكفيل الذى كثيرا ما يتورط فى الكفالة وبدون مقابل.

وتطبيقا لذلك فانه إذا كفل الكفيل جزءا من التزامات المدين، لم يجز مد الكفالة إلى الاجزاء الأخرى، وإذا كفل الكفيل مستأجرا فى دفع الأجرة، اقتصرت الكفالة على هذا الالتزام دون غيره من الالتزامات التى تنشأ عن نفس هذا العقد،

---

(١) انظر Ph. Simler, op. cit. no 252 p. 211.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص ٨٥. Ph. Simler, op. cit. no 253 p. 212

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ، ٥٦ ص٩٤ - ١٠٠ والمراجع المشار اليها في هامش (١) و(٢).

- السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص٨٦ والمراجع المشار اليها في هامش (٢)

كالتعويض عن التلف، أو التعويض عن الحريق. كما أن الكفالة لا تمتد إلى غير هذا العقد من عقود تتلوه ولو كان التجديد ضمنيا.

وإذا كان هناك شك في تحديد نطاق الكفالة، أي فيما إذا كانت كفالة محددة أو كفالة غير محددة، وجب اعتبار الكفالة محددة.[1]

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص٨٧، وهامش (٥).
- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص٩٥.

الفصل الثالث
آثار الكفالة

متى انعقد عقد الكفالة صحيحا، فانه يرتب آثاره فيما بين عاقديه وهما الدائن والكفيل. وحيث أن الكفالة عملية قانونية أوسع من العقد ذاته، ونظرا إلى طبيعتها الخاصة وهى انها عقد تابع لالتزام أصلى فانه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين فى حالة ما إذا وفى هذا الكفيل بالدين المكفول. وقد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكونوا متضامنون أو غير متضامنين، وأيضا قد يتعدد الكفلاء وقد يكونوا متضامنين أو غير متضامنين. ولذلك فان دراسة آثار الكفالة هى دراسة لكل هذه العلاقات. ولذلك سوف ندرس فى مبحث أول العلاقة فيما بين الكفيل والدائن، وفى مبحث ثان العلاقة فيما بين الكفيل والمدين، وندرس فى هذا المبحث رجوع الكفيل فى حالة تعدد المدينين وتضامنهم أو عدم تضامنهم، وفى مبحث ثالث ندرس علاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء فى حالة تضامنهم وفى حالة عدم تضامنهم.

المبحث الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن[1]

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة ان يضمن تنفيذ التزام المدين والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه. ويترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول، وله أن ينفذ على أمواله ليحصل على حقه. لكن نظرا إلى صفة التبعية لعقد الكفالة فانه يجب على الدائن أن يطالب المدين أولا قبل أن يطالب الكفيل، كما أنه يجب أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي لإستيفاء حقه قبل أن ينفذ على أموال الكفيل. وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد. وهناك شرط آخر تفرضه القواعد العامة وهو أنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل التزامه. ويضاف إلى ذلك أنه في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد مع عدم تضامنهم فانه لا يكون للدائن أن يرجع على أي منهم الا بقدر نصيبه في الدين فقط، وهذا ما يسمى بالدفع بالتقسيم فإذا ما رجع الدائن على الكفيل واستوفى حقه كاملا فانه يجب عليه أن يسلم للكفيل أو للكفلاء المستندات اللازمة لاستعمالها في الرجوع على المدين كما يلتزم أيضا بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل أو الكفلاء.

ولذلك نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطالب أربعة، المطلب الأول ندرس فيه متى يحق للدائن الرجوع على الكفيل، وفي الثاني ندرس الدفع بالتجريد، وفي الثالث ندرس الدفع بالتقسيم، وفي المطلب الأخير نعرض لالتزامات الدائن بعد استيفائه حقه من الكفيل.

---

(١) انظر في أثر تشريعات حماية المستهلك علي الكفالة.

Ph. Simler, op. cit, no 392 p. 330 et.

ومؤلفنا نحو قانون للافلاس المدني، ص١١٧ وما بعدها.

المطلب الأول

متى يحق للدائن الرجوع على الكفيل

هناك شرط بديهي تفرضه القواعد العامة، وهو أن لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول أجل التزام هذا الكفيل. ونظرا للطبيعة الخاصة للكفالة باعتبارها عقد تابع فان الدائن لا يجوز له الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلي.

أولاً - حلول الأجل بالنسبة للكفيل:

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالدين المكفول الا بعد حلول أجل هذا الدين مالم يكن هناك أجل خاص لالتزام الكفيل. وعلى ذلك لا يجوز مطالبة الكفيل الا بعد حلول أجل التزامه حتى ولو كان أجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك. لأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين. لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الالتزام الأصلي.

وعلى ذلك فإذا مد أجل الالتزام الأصلي بارادة الطرفين، الدائن والمدين، أو بحكم القاضي فان الكفيل يستفيد من هذا المد فيمتد أجل التزام الكفيل إلى هذا الأجل الجديد ولا يجوز مطالبة الكفيل قبل هذا الأجل الجديد. وإذا حدث العكس واتفق على تعجيل أجل التزام المدين فان الكفيل لا يضار من هذا الاتفاق ولا تجوز مطالبته الا عند حلول الأجل الأصلي.[1]

إذا كان هناك أجل واحد للالتزامين، وسقط أجل الالتزام الأصلي، بسبب افلاس أو اعسار المدين أو اضعافه إلى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خاص أو عدم تقديم ما وعد به من تأمينات إلى الدائن (م٢٧٣ مدني) فان ذلك لا يستتبع

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٩ ص٩١.
- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٧ ص٦١.

سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل. لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل.[1]

ثانيا – الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا:

لدراسة هذا الدفع يجب أن نقف أولا على العلة من تقريره، ثم نبين بعد ذلك المقصود بهذا الرجوع وطبيعة هذا الدفع، وأخيراً نعرض لشروط التمسك به.

١ – العلة من تقريره

إذا كان لا يحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول الا عند حلول أجل الدين بالنسبة لهذا الكفيل وذلك طبقا لما تقضى به القواعد العامة، فان الطبيعة الخاصة للكفالة، باعتبارها عقد تابع للدين الأصلى، وأن الكفيل غير المتضامن لا يلتزم الا بصفة احتياطية، تستلزم أن يرجع الدائن على المدين الأصلى ليطالبه بالدين قبل رجوعه على الكفيل، فعند عدم وفائه بالدين فانه يحق للدائن أن يرجع على الكفيل ليطالبه بالوفاء بالالتزام الذى ضمنه. وهذا ما تقضى به المادة ١/٧٨٨ مدنى إذ تنص على أنه «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين».

ولم يكن لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم، شأنه فى ذلك شأن القانون الفرنسى. ولذلك من المتفق عليه فقها وقضاء فى فرنسا، وكذلك ما كان يقول به بعض الفقهاء فى مصر فى ظل التقنين المدنى القديم.[2]، أنه يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بمجرد حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة المدين الأصلى أو التنبيه عليه بالوفاء، أو حتى اعذاره. فيكون للدائن الخيار المطلق فى الرجوع على المدين أو على الكفيل أيهما شاء. ولكن للكفيل الحق فى هذه الحالة فى طلب تجريد المدين.[3]. وهذا يعتبر أثرا من آثار الفكرة القديمة التى كانت معروفة

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص٩١ والمراجع المشار اليها في هامش (٢)
MAZEAUD, op. cit, T. III, Vol. I, No. 29, p 49.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 554, p. 342 et 343.

(٢) أنظر في تفصيل ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص١٢٩ و١٣٠.

(٣) - AUBRY et RAU, op. cit., No. 227, p 335.

فى أوائل عهود القانون الرومانى والتى كانت تشبه مركز الكفيل بالمدين المتضامن كما سبق أن رأينا.

وبمقتضى نص المادة ١/٧٨٨ مدنى يجب على الدائن أن يرجع أولا على المدين وذلك قبل أن يرجع على الكفيل، أو على الأقل يرجع على المدين والكفيل معا. فان رجع على الكفيل وحده كان لهذا الكفيل وحده كان لهذا الكفيل أن يدفع فى مواجهة الدائن وجوب رجوعه أولا على المدين.

٢- المقصود بالرجوع وطبيعة هذا الدفع

ويقصد بالرجوع هنا المطالبة القضائية، أى رفع الدعوى[1]. وعلى ذلك لا يكفى أن يعذر الدائن المدين حتى يمكنه أن يرجع بعد ذلك على الكفيل. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا أفلس المدين لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين وانما عليه التقدم فى التفليسة حتى يمكن بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده طبقا لنص المادة ٧٨٦. ويستثنى من ذلك أيضا حالة ما إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ إذ أنه ليس فى حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه وانما يكفى أن يكلف الدائن المدين بالوفاء ويعتبر هذا الاجراء فى ذاته رجوعا كافيا على المدين بالمعنى المقصود بالمادة ١/٧٨٨ ويخول للدائن بعد ذلك مطالبة الكفيل.

وعلى ذلك فإذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين، فان الكفيل يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بوجوب الرجوع على المدين أولا. وهذا الدفع يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى. لأن الدائن بادر برفعها قبل أن يقوم برفع الدعوى على المدين طبقا لنص المادة ١/٧٨٨. ويجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع أمام المحكمة، وان كان يجوز له أن يبديه فى أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص١٣٠. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص٨٦. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص٥٦. - السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٤ ص١٠٠ وما بعدها. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص٦٣.

فى الاستئناف. ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها،[1]، لأن الحكم الوارد فى المادة ١/٧٨٨ لا يتعلق بالنظام العام.[2]

٣- شروط التمسك بهذا الدفع

وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا يجب أن يتوافر عدة شروط:

١- يشترط أولا ألا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع. وذلك لأن هذا الحق قد قرره المشرع لمصلحة الكفيل، فهو بالتالى لا يتعلق بالنظام العام ويمكن للكفيل إذن أن ينزل عن هذا الحق. وهذا النزول قد يكون صريحا أو ضمنيا. وقد يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعدها.

٢-يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين. وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع ولكن هناك اجماع فى الفقه على الأخذ به[3]، وذلك لأن الأعمال التحضيرية تبين أن الحكم الوارد فى المادة ١/٧٨٨ خاص بالكفيل البسيط وحده دون الكفيل المتضامن. كما أن منطق التضامن نفسه يقتضى أن للدائن أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين ليطالبه بكل الدين. وهذا المبدأ العام قد أورد المشرع تطبيقا خاصا له بصدد كفيل الكفيل فى المادة ٧٩٧ مدنى حيث انها نصت على أنه «... لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل». وحيث أن كفيل الكفيل ليس الا كفيلا عاديا للكفيل الأصلى الذى يعتبر فى منزلة المدين وطبقا لنص هذه المادة فانه لا يجوز للدائن الرجوع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الا فى حالة التضامن، فانه يمكن عن طريق القياس الأخذ

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٧ ص١٢٣.
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص٨٨.

(٢) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص٨٨.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص١٣٤. - السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٤ ص١٠٣. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص٨٨. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص٥٦. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص٦٤. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١١٨.

بهذا الحكم فى الحالة التى نحن بصددها لوحدة العلة. فلا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين ما لم يكن هناك اتفاق صريح على التضامن فيما بينهما:

٣- ويشترط ثالثا أن يكون للكفيل مصلحة فى التمسك بهذا الدفع. وهذا الشرط مستفاد من القواعد العامة، حيث انه لا دعوى ولا دفع بدون مصلحة. والقاضى هو الذى يقدر فى النهاية ما إذا كان للكفيل مصلحة فى التمسك بالدفع من عدمه، ويجب على القاضى أن يحكم بعدم قبول الدعوى إذا تبين أن هناك فائدة ولو بسيطة من رجوع الدائن على المدين أولا.[1] نظراً للصفة التبرعية والاحتياطية والتبعية للكفالة.

وعلى ذلك فإذا كان المدين معسرا، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين، فانه ليس هناك فائدة من تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا وبذلك تنتفى المصلحة. ويقع على الدائن عبء اثبات أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد، فان عبء اثبات وجود أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل. كما أنه لا يشترط للتمسك بهذا الدفع أن يكون عند المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين، إذ يكفى أن يكون عنده أموال تفى ولو بجزء من الدين وذلك بخلاف الدفع بالتجريد، والذى يشترط أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله.

وإذا توافرت هذه الشروط الثلاث السابقة فى الدفع، وتمسك به الكفيل، فانه يجب على القاضى أن يحكم بعدم قبول دعوى الدائن ضده، وذلك لعدم ثبوت الحق فى رفعها بعد. ومع ذلك يستطيع الدائن أن يتجاوز هذه العقبة بأن يرجع على الكفيل والمدين معا أو أن يرجع على المدين أولا ثم يرجع بعد ذلك على الكفيل. الا أن هناك دفعا آخر يمكن للكفيل أن يبديه ليحول دون التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين، وهذا هو الدفع بالتجريد.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص١٣٥. - السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٤ ص١٠٣. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص٥٦. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص٦٥.

المطلب الثانى

الدفع بالتجريد

"Le bénéfice de disussion"

فى القوانين الحديثة قد تأكدت الصفة الاحتياطية للكفالة، وترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين. وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد. ولذلك سوف نلقى الضوء على التطور التاريخى لهذا الدفع وأهميته، ثم ندرس شروطه وآثاره، والتطبيق الخاص بهذا الدفع والذى أورده المشرع فى التقنين المدنى.

أولا - نبذة تاريخية عن الدفع بالتجريد وأهميته:

فى القانون الرومانى كان مركز الكفيل أسوأ من مركز المدين فى العهود الأولى لهذا القانون. ثم ما لبث أن تطور الأمر نتيجة تطور فى الأخلاق أولا ثم بعد ذلك فى القانون أدى إلى أن تساوى مركز الكفيل بمركز المدين، أى أصبح الكفيل فى مركز المدين المتضامن. بعد ذلك فرض القانون على الدائن ألا ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين وتجريده، وقد كان ذلك فى عهد جستنيان. وبذلك تأكدت الصفة الأساسية للكفالة وهى صفة الاحتياطية - هذه الصفة تقابل تماما قصد المتعاقدين، حيث أن الكفيل لم يلتزم الا وفى اعتباره الاخفاق المحتمل للمدين الأصلى فى تنفيذه لالتزامه، هذا الاخفاق ينبغى أن يوجد ويتأكد.(١)

وقد تبنى واضعو التقنين المدنى الفرنسى اصلاح جستنيان دون تعديل فى المادة ٢٠٢١ مدنى. وقد ساير تقنيننا المدنى القديم ثم بعد ذلك تقنيننا الحالى القانون الفرنسى والقانون الرومانى، فمنح للدائن الحق فى طلب التنفيذ على أموال الكفيل بمجرد حصوله على سند تنفيذى ضده، ولكنه أعطى الكفيل الحق أن يلزم الدائن بتجريد المدين أولا.

---

(١) - MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, pp. 43 et 44.

وأهمية هذا الدفع تتجلى فى حماية الكفيل وتأكيد دوره الاحتياطى ووضعه التبعى. حيث أن الكفيل يلتزم عادة بالوفاء بدين لا مصلحة له فيه. فهو ضامن لدين غيره، فمن العدالة ألا يرى أمواله تنزع منه، بينما أموال المدين قائمة لا تمس. فيجب أن يمكن هذا الكفيل من دفع اجراءات التنفيذ التى تقع على أمواله ومطالبة الدائن بأن يلجأ إلى أموال المدين للتنفيذ عليها حيث أنه سيجد ما يكفى لسداد دينه. كما أنه على فرض السماح للدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل فانه سيكون لهذا الكفيل الحق فى الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، فاقتصارا للوقت والنفقات ينبغى أن نسمح للكفيل بأن يدفع بتجريد المدين أولا قبل التنفيذ عليه حتى يتلافى بقدر الامكان هذا الرجوع، كما أن الدائن لن يضار بالبدء بالتنفيذ على أموال المدين لأن كل ما يهمه هو الحصول على دينه ويستوى لديه أن يحصل عليه من أموال المدين أو الكفيل.[1]

ثانيا – النظام القانونى للدفع:

ونقصد النظام القانونى للدفع هو كل ما يتعلق بنطاقه وشروطه وآثاره.

(١) نطاق الدفع بالتجريد من حيث الاشخاص:

الدفع بالتجريد **مقرر فقط للكفيل**، فلا يجوز اذن للمدين المتضامن أن يدفع بتجريد مدين متضامن معه لأن كل منهما مسئول على نفس الدرجة أى أن كل منهما مسئول مسئولية كاملة عن الدين كله.

والذى له حق التمسك بالدفع بالتجريد هو **الكفيل العادى**، وعلى ذلك ليس للكفيل المتضامن مع المدين أن يدفع بالتجريد (م٧٩٣ مدنى). وحيث أن الكفيل فى الكفالة القضائية والكفالة القانونية يعتبر متضامنا بنص القانون (م٧٩٥ مدنى)،

(١) أنظر في هذا المعني:
- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص١٤٤، والمراجع المشار اليها في هامش (١).
- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص٦٧.

فانه لا يحق له التمسك بالدفع بالتجريد، لكن إذا كانت طبيعة التضامن تقتضى حرمان الكفيل من الحق فى الدفع بالتجريد، فان هذا لا يمنع من أن يشترط الكفيل الاحتفاظ بهذا الحق رغم تضامنه،[1] كما أن تضامن الكفيل مع المدين لا يحرم كفيله، أى المصدق، من الدفع بالتجريد قبل الكفيل والمدين، مالم يتفق على تضامنه أيضا.

– والكفيل الذى له حق التمسك بالدفع بالتجريد هو **الكفيل الشخصى**، وعلى ذلك فانه ليس للكفيل العينى الحق فى التمسك بهذا الدفع، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٠٥٠ من التقنين المدنى: «إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله الا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

كما أن الحق فى الدفع بالتجريد يثبت للكفيل العادى والملتزم التزاما شخصيا، سواء كانت الكفالة قد تمت بناء على طلب المدين أو بعلمه أو رغم معارضته، أو بدون علمه، وسواء كانت الكفالة مجانية أو بمقابل، لأن الحق فى الدفع بالتجريد ثابت للكفيل فى مواجهة الدائن، فلا تهم علاقته بالمدين.

– وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنون، فليس للكفيل الذى كفل أحدهم أن يطلب بتجريد غيره.[2] أما إذا كفلهم جميعا، حق له أن يتمسك بالدفع بالتجريد قبلهم كلهم. ولا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر ولو كان متضامنا.[3]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩١ ص١٥٠.
- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٦٥.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص١٤٦.
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص١١٣.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص١٤٦.

(٢) شروط الدفع بالتجريد:

يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد وأن يرشد الدائن إلى أموال للمدين موجودة في مصر وكافية للوفاء بالدين كله (م٧٨٩ مدني).

(أ) يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد:

حيث أن الدفع بالتجريد حق خاص مقرر للكفيل، فانه يجوز له أن يتنازل عنه سواء مقدما عند ابرام عقد الكفالة أو بعد ابرامها. وإذا ما تنازل عن هذا الحق فلا يجوز له أن يستعمله بعد ذلك. وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا. وغالبا ما يكون هذا التنازل منصوص عليه صراحة في عقد الكفالة ذاته نتيجة لاشتراط الدائن ذلك. ومن الممكن أن يكون هذا التنازل ضمنيا، أي يستخلص من ظروف الحال وملابساته، كأن يتعهد الكفيل بدفع الدين فورا وعند حلول أجله وعند تخلف المدين عن ذلك. وقد يستفاد هذا التنازل الضمني بعد قيام عقد الكفالة وبعد استنفاد الدائن للاجراءات المنصوص عليها في القانون المدني وقيامه بعد ذلك بالتنفيذ على أموال الكفيل وسكوت هذا الأخير عن الدفع بالتجريد. ويعتبر النزول الضمني عن الدفع مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع.[1]

فان لم يتنازل الكفيل عن هذا الدفع صراحة أو ضمنا، فانه يجب لكي يستفيد منه أن يتمسك به. وهذا طبقا للقواعد العامة، حيث انه حق خاص مقرر لمصلحة الكفيل ولا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. وقد جاءت المادة ٧٨٨ مدني تؤكد ذلك بنصها على انه: «لا يجوز له (للدائن) ان ينفذ على اموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

لكن متى يتمسك الكفيل بهذا الدفع؟ في القانون الفرنسي المادة ٢٠٢٢ تلزم الكفيل بأن يتمسك بهذا الدفع عند الاجراءات الأولى أي أنه يلزم بأن يدفع

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص١٤٩.
- السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص١١٩.

بالتجريد فى الدعوى المرفوعة عليه قبل التكلم فى الموضوع والا سقط حقه فى التمسك به. ويعتبر عدم تمسكه بهذا الدفع عند الاجراءات الأولى من قبيل التنازل الضمنى عنه.

ولم يتضمن التقنين المدنى القديم نصا مشابها لنص المادة ٢٠٢٢ مدنى فرنسى، وان كان قد تضمن شرط عدم ترك الكفيل لهذا الحق فى المادة ٦١٢/٥٠٢ وقد ذهب جانب من الفقه فى ظل هذا التقنين إلى ضرورة تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد قبل التكلم فى الموضوع والا اعتبر ذلك نزولا ضمنيا عنه. وقد أيدت هذا الرأى بعض المحاكم. لكن بعض الفقهاء انتقد هذا الرأى وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأى الأخير وقضت بأن للكفيل أن يدفع بالتجريد فى أى وقت مناسب، مالم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه».[1]

وقد جاء فى مشروع القانونى المدنى نص يقابل المادة ٢٠٢٢ فرنسى وهو نص المادة ١١٤٥ منه حيث انه يقضى بأن «لا يلزم الدائن بتجريد المدين الا إذا طلب الكفيل ذلك عند الاجراءات الأولى التى توجه ضده» وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ولم يدل بالأسباب المبررة لذلك.[2]

وعلى ذلك فقد جاء التقنين المدنى الحالى خال من هذا النص ليقرر الرأى الراجح فى الفقه والقضاء فى ظل التقنين المدنى القديم. وهو ما يتفق مع المبادئ العامة، والتى تقضى بأن النزول ينبغى أن يكون مؤكدا وان كان لا يشترط أن يكون صريحا.[3] كما أن هذا يتفق أكثر مع موقف التقنين المدنى الحالى، الذى أورد نوعين من الدفوع، دفوع متعلقة بمرحلة المطالبة، ودفوع متعلقة بمرحلة التنفيذ. وذلك على خلاف التقنين الفرنسى الذى لا يعرف هذه التفرقة، والدفع الخاص

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص١٤٧.
- السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص١١٩ هامش (٣).
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص١١٥.
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ٥، ص٤٩٧.
(٣) MAZEAUD, op. cit., No. 31, p. 46.

بمرحلة المطالبة هو الدفع الذى يبديه الكفيل بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها أولا على المدين وسبق أن تعرضنا بالتفصيل لهذا الدفع. أما الدفع المتعلق بالمرحلة الثانية وهى مرحلة التنفيذ هو الدفع بالتجريد، حيث أن لا تتجسد أهميته وفائدته الا فى هذه المرحلة بالذات.[1]

ويترتب على ارتباط الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ، انه فى الأحوال التى يكون بيد الدائن سند صالح للتنفيذ وأراد أن ينفذ بمقتضاه على أموال الكفيل، فان هذا الأخير يستطيع أن يتمسك بالدفع بتجريد أموال المدين أولا وقبل التنفيذ على أمواله. يترتب على ذلك وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل. ولا يستطيع الدائن فى هذه الحالة أن يدفع بسقوط حق الكفيل فى التمسك بالدفع بالتجريد لعدم ابدائه فى المرحلة الأولى أى فى مرحلة التقاضى، لأن التقنين المدنى المصرى لا يستلزم ذلك (م٧٨٨ مدنى) وذلك على خلاف الحال فى التقنين المدنى الفرنسى (م٢٠٢٢).

لكن لنا أن نتساءل هل، بالرغم من تعلق الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ حيث تظهر فائدته، لا يجوز للكفيل أن يتمسك به فى حالة ما إذا رفع الدائن دعواه على المدين والكفيل معا، أى فى المرحلة الأولى، مرحلة المطالبة القضائية؟

قد ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فى أثناء نظر الدعوى.[2] ولكننا نرى مع الفقه الغالب أنه ليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بالتجريد فى المرحلة الأولى، أى مرحلة المطالبة القضائية، متى كانت

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص١٤٨. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص١١٦. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص٨٦. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص٧١. - السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٨ ص١١٩.

(٢) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص٧٧ وفقرة ٨٢ ص٨٩. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص١١٦. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٥٨. وقارن: السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٨ ص١١٨.

الدعوى مقبولة، ويجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يحكم بالزام الكفيل بالدين، على ألا ينفذ على أمواله الا بعد تجريد المدين.[1]

(ب) يجب على الكفيل أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله:

وقد نصت المادة ٧٨٩ مدنى على هذا الشرط بقولها:

١ - «إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله».

٢ - «ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية، أو كانت أموال متنازع فيها».

وعلى ذلك يشترط لكى يكون دفع الكفيل بالتجريد مقبولا، أن يرشد، على نفقته، الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله. فإذا كان الكفيل التزم بضمان تنفيذ التزام المدين، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، وإذا كان منطق تبعية الالتزام يقتضى أن يرجع الدائن على المدين أولا ثم ينفذ على أمواله قبل تنفيذه على أموال الكفيل، فلا أقل من أن يساعد الكفيل الدائن فى الحصول على حقه كاملا من أموال المدين. وهذا هو أقل ثمن لالتزامه بضمان المدين. فيقع على الكفيل عبء ارشاد الدائن إلى هذه الأموال، وهو يتحمل فى سبيل ذلك النفقات اللازمة، كمصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للاموال التى دل عليها الكفيل، ومصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال.[2]

---

(١) أنظر في ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص١٤٩. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص٨٦. - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص٦٩. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٦٤. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص٦٢.

وقارن: السنهوري: المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٨ ص١١٩، هامش (٣)، حيث يقول: « لكن هذا النص (١١٤٥) قد حذف في لجنة المراجعة، فأصبح الكفيل غير مقيد بنص تشريعي يعين الوقت الذي يبد فيه الدفع بالتجريد، وصار لا مانع من الرجوع إلي ما كان عليه العمل قبل التقنين المدني الجديد، فيجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد في أي وقت ما لم يصدر عنه ما يدل علي نزوله عنه، كما قضت محكمة النقض فيما قدمنا.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص١٢٤.

- وإذا كان الدفع بالتجريد يقوم على أساس أن هناك أموال للمدين، **وأن هذه الأموال كافية للوفاء بحق الدائن كاملا**، فانه يترتب على ذلك وإذا كان المدين قد شهر افلاسه أو اعساره، أو صار فى حالة افلاس أو اعسارظاهرة، وبوجه عام إذا كان ظاهر العجز عن الوفاء بالدين كما لو كان هناك محضر يثبت بأنه ليس لديه أموال ظاهرة، فانه تنتفى الحكمة من الدفع بالتجريد وبالتالى يفقد شرط أساسى من شروطه.[1]

- ولا يكفى أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين، **وانما يلزم أن يتوافر عدة شروط فى هذه الأموال** حتى يتحقق الغرض من الدفع بالتجريد.

* فإذا كانت هناك أموال ولكنها لا تكفى للوفاء بالدين كله وانما تكفى للوفاء بجزء من الدين فانه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد. وذلك لأنه فى هذه الحالة إذا ألزمنا الدائن بالتنفيذ على أموال المدين فان هذا معناه الزامه بقبول الوفاء الجزئى، وهذا غير جائز طبقا للقواعد العامة (م٣٤٢/١ مدنى)[2]، كما أنه سوف يترتب على ذلك أنه يرجع على الكفيل بالجزء الباقى، مما يؤدى إلى تأخيره فى استيفائه لدينه، لم ير المشرع له مبررا.[3] ويرى بحق جانب من الفقه أن هذه تبريرات ليست مقنعة لحرمان الكفيل من حق التجريد إذا ارشد الدائن إلى أموال تكفى لوفاء جزء كبير من الدين.[4] مع العلم بأن القانون الفرنسى لا يشترط أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بالدين كله، فيجوز أن تفى ببعض

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص١٢٠ وأنظر أيضا:
- MAZEAUD, op. cit.. T. III. Vol. I, No. 30, pp. 44 et 45.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص١٥١.
- السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص١٢٠.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص١٥١.

(٤) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص١١٦.
- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص٧٥.

الدين.[1] كما أنه ليس هى الحالة الوحيدة فى القانون المصرى الذى يجبر فيها الدائن على وفاء جزئى. لكن أمام صراحة النص لا مناص من توافر هذا الشرط.

وقد كان المشروع التمهيدى لا يتضمن هذا الشرط اسوة بالتقنين المدنى الفرنسى. لكن قد أضيف هذا الشرط فى لجنة المراجعة واستقر فى التقنين المدنى الجديد، وذلك ليقر ما كان عليه التقنين المدنى المصرى القديم (م٥٠٢/٦١٢) والذى يشترط هذا الشرط.[2]

ويستوى أن تكون أموال المدين التى يرشد اليها الكفيل عقاراً أو منقولاً.[3] إذ العبرة بكفاية هذه الأموال للوفاء بدين الدائن. ولذلك يلزم أن ينظر إلى قيمتها الصافية، فإذا كانت هذه الأموال محملة بحقوق تجعل الصافى من قيمتها غير كاف لهذا الغرض ما أمكن الدفع بتجريدها.[4]

ويجب أن تكون أموال المدين **المطلوب تجريدها قابلة للحجز عليها**. وهذا الشرط لم يرد فى نص المادة ٢/٧٨٩ وانما يجب الأخذ به. لأن العبرة ليست فى وجود أموال للمدين وانما بالقدر الذى يستطيع الدائن أن يحجز عليه ويستوفى منه حقه، وهذا ما يستفاد من سياق نص المادة ١/٧٨٩.[5]

---

(١)
- A. WEILL, op. cit., No. 28, p. 34;
- AUBRY et RAU, op. cit., No. 229, pp. 337 et 338;
- G. MARTY & P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 555, p. 343;
- M. MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, p. 44.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢١.
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص١١٩.

(٣) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٨ ص١٢١، والمراجع الفرنسية السابقة المشار إليها في الهامش رقم (٢).

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص١٥١.

(٥) أنظر في ذلك: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق فقرة ٦١ ص١١٦.

* ويجب أن تكون أموال المدين التي يرشد إليها الكفيل **غير متنازع فيها** (م٢/٧٨٩ مدني). ولم يكن هذا الحكم موجودا في التقنين المدني القديم. وان كان الفقه والقضاء قد ذهبا إلى وجوب الأخذ به في ظل هذا التقنين.[1] وذلك على نهج ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة ٢/٢٠٢٣ من التقنين المدني الفرنسي.

ولم يبين المشرع حقيقة المقصود بالأموال المتنازع فيها، فهل نأخذ بالحكم الوارد في المادة ٢/٤٦٩ مدني مصري، والتي تنص على أن « يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى، أو قام في شأنه نزاع جدي» ، وهو حكم مماثل لما ورد في نص المادة ١٧٠٠ من التقنين المدني الفرنسي، أم يؤخذ في هذا الصدد بمفهوم أوسع من ذلك مما يتفق مع الاساس الذي يقوم عليه الدفع بالتجريد؟

ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه لا يلزم في تحديد الاموال المتنازع فيها الرجوع إلى المادة ١٧٠٠ مدني فرنسي.[2] كما ذهب إيضا الفقهاء في مصر إلى أنه لا يلزم الرجوع إلى المادة ٢/٤٦٩ مدني لتحديد المال المتنازع فيه. وعلى ذلك فلا يلزم لكي يكون المال متنازعا فيه أن تكون قد قامت بشأنه دعوى أو نزاع جدي، وانما يكفي أن يستلزم التنفيذ عليه اجراءات طويلة معقدة.[3] ويعتبر لذلك مالا متنازعا عليه الحصة الشائعة في عقار ذلك لأنه لا يمكن التنفيذ عليها الا بعد

---

(١) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص١١٧ والمراجع المشار اليها في هامش ٤ و٥.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص١٥٢.

(٢) - A. WEILL, op. cit., No 29, p. 29, p. 34, Note 1,

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No 555, p. 344, note1;

- AUBRY et RAU, op. cit., No229, p. 336, Note 17;

- Mazeaud, op. cit., T III, Vol, I, No. 30, p. 45.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص١٥٢.

- السنهوري، المرجع السابق ، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص١٢٢.

الفصل فى دعوى القسمة، وأيضا إذا كان مال المدين مثقلا بحقوق عينية، كرهن أو امتياز أو اختصاص.[1]

* يجب الا تكون الأموال التى يرشد الكفيل الدائن اليها واقعة خارج الأراضى المصرية. وذلك لأن المشرع يريد أن يجنب الدائن مباشرة اجراءات طويلة ومعقدة للتنفيذ عليها. ولا يشترط القانون المصرى كما يشترط القانون الفرنسى أن تكون هذه الأموال واقعة فى نطاق محكمة الاستئناف حيث يجب أن يتم الوفاء (م٢٠٢٣ مدنى فرنسى).

* وعلى ذلك فان الكفيل ليس ملزما بارشاد الدائن إلى أموال المدين فحسب، بل ملزم أيضا أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بالدين كله قابلة للحجز عليها وغير متنازع عليها وغير واقعة خارج اراضى جمهورية مصر. ويقع على الكفيل عبء اثبات ذلك. ولقاضى الموضوع سلطة تقدير ذلك، ولا يخضع فى تقديره لرقابة محكمة النقض، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون تقديرا لوقائع معينة.

(٣) آثار الدفع بالتجريد:

إذا ما توافرت شروط الدفع بالتجريد السابق بيانها، فما هى الآثار التى تترتب على هذا الدفع؟

قد جاء المشرع المصرى بنص صريح فى هذا الصدد، فقد نصت المادة ٢/٧٨٨ على أنه «لا يجوز له (الدائن) ان ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله....». كما قد نصت المادة ٧٩٠ مدنى على أنه «فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن اعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة فى الوقت المناسب».

على ذلك فان الأثر المباشر للدفع بالتجريد هو منع التنفيذ على أموال الكفيل

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص١٢٣.
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص١١٨.

قبل تجريد المدين من أمواله أو وقف اجراءات التنفيذ إذا كانت قد بدأت. ويترتب على هذا الدفع أيضا أثار غير مباشرة منها مسئولية الدائن عما يترتب على اعسار المدين إذا لم يتخذ اجراءات التنفيذ قبله في الوقت المناسب. فاذا اتخذ اجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب وحصل على حقه كله أو بعضه، فانه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل فى الحدود التى حصل عليها الدائن على حقه، على أن يرجع بالباقى على الكفيل إذا كان لم يحصل على حقه كاملا. ونعرض لهذه الآثار عى التوالى:

الأثر الأول: منع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله[1]:

أو وقف اجراءات التنفيذ ان كانت قد بدأت. سبق أن رأينا انه إذا كان الدفع بالتجريد يتعلق أساسا بالمرحلة الثانية، وهى مرحلة التنفيذ، الا أنه ليس ثمة ما يمنع من ابدائه فى المرحلة الأولى، أى مرحلة المطالبة القضائية. وعلى ذلك فإذا تمسك الكفيل بهذا الدفع فى مرحلة المطالبة القضائية، فانه لا يترتب عليه وقف سير الدعوى المرفوعة على الكفيل، ولا يمنع الحكم عليه بالدين،كل ما فى الامر انه اذا تبين للقاضى توافر شروط هذا الدفع، فان حكمه على الكفيل لا يمكن تنفيذه ضده حتى يجرد المدين من أمواله، وإذ ما أقدم على اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل قبل أن يجرد المدين كانت هذه الاجراءات باطلة.[2] فى حالة ما إذا تمسك الكفيل بالدفع فى مرحلة التنفيذ عن طريق الاستشكال فى التنفيذ وكان دفعه مقبولا، فانه يترتب على ذلك وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، وتسقط الاجراءات التى اتخذها الدائن قبل الدفع به. فيلغى مثلا حجز ما للكفيل لدى الغير ويتعين رفعه، ويلغى التنبيه بنزع الملكية التى اتخذ ضد الكفيل ويلغى ما ترتب عليه

(1) A. WEILL, op. cit., no. 29, p. 35; AUBRY et RAU, op. cit., no. 229, p. 339 et p. 340; G. MARTY; P. Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, no 555, p. 344. Mazeaud, op. cit., t. III, vol., I, no 30 p. 44.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٧ ص١٥٨.
- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص٧٦.

من آثار، وتلغى اجراءات الحجز التنفيذى على منقولاته، ولا تقع المقاصة بين التزام الكفيل والالتزام الذى ترتب له بعد ذلك فى ذمة الدائن.[1]

لكن ما يترتب على الدفع بالتجريد من عدم امكان التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله لا يحول دون اتخاذ الاجراءات التحفظية فى مواجهة الكفيل. كأن يطلب وضع الاختام على تركته إذا مات، أو ان يطلب توقيع حجزا تحفظيا على أموال الكفيل، أو أن يطلب تعيين قيم عليه إذا ما اعتراه جنون أو سفه أو غفله.[2] ويعتبر من قبيل الاجراءات التحفظية حصول الدائن على حق اختصاص على عقار مملوك للكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضد الكفيل.[3] كل ما هنالك انه لا يجوز للدائن أن ينفذ على هذا العقار الا بعد تجريد أموال المدين.[4]

الأثر الثانى: يترتب على قبول الدفع بالتجريد مسئولية الدائن على اعسار المدين نتيجة عدم اتخاذه اجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب (م ٧٩٠ مدنى). وحيث أن الكفيل ملزم بأن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله حتى يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، فان الدائن يكون مسئولا اذن قبل الكفيل عن اعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة فى الوقت المناسب، فإذا دل الكفيل على

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرج ٤٩ ص١٢٦ و١٧. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص١٢٠.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص٩٠. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص١٢٧. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص٩٠. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص١٢٠ و١٢١. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص٧٦. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٦٧. - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص٦٢. - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢٩٧ ص٢٥٨. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص١٦٣.

(٣) محمد علي أمام، المرجع السابق، فقرة ٦٥ ص١٠٦ و١٠٧. - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٨٣ ص٩٠ و٩١. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص٩٠ و٩١. - السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٩ ص١٢٧. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص٧٧.

(٤) انظر عكس ذلك:

عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، صفحة ١٥٨ هامش (٢).

منقولات للمدين، وتباطأ الدائن فى اتخاذ اجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من اخفائها أو تهريبها أو تبديدها كان الدائن مسئولا عما كان يحصل من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ اجراءات التنفيذ بمجرد أن دلّ عليها الكفيل، وبالمثل لو أن الكفيل دل على عقار للمدين في يد الغير. وتباطأ الدائن فى اتخاذ الاجراءات لقطع التقادم المكسب مما سمح للغير بتملك هذا العقار بالتقادم، فانه يكون مسئولا قبل الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار فى الوقت المناسب. ويقع عبء اثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية.[1]

الأثر الثالث: براءة ذمة الكفيل فى الحدود التى يتحصل الدائن عليها من حقه نتيجة تنفيذه على أموال المدين التى أرشده إليها الكفيل، فاذا قام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل فى الوقت المناسب وحصل على حقه كاملا، برئت ذمة الكفيل، وانقضى التزامه. لكن إذا لم يحصل الدائن على حقه كاملا عند تنفيذه على هذه الأموال، وذلك نتيجة لانخفاض قيمتها عند التنفيذ، أو ظهور دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن، أو أن تقدير الاموال كان مبالغا فيه، فانه يستطيع أن يرجع بالباقى من حقه على الكفيل. ولكن على الدائن فى هذه الحالة أن يثبت أن نفذ على جميع الأموال التى دل عليها الكفيل، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا. وبعد أن يثبت ذلك بتقديمه محاضر الحجز أو أوراق التنفيذ.[2]

---

(١) أنظر: السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٩ ص١٢٨.
ومجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥، ص٥٠٨.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص١٢٨ و١٢٩.
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص١٢١ و ١٢٢.

ثالثا – صورة خاصة للدفع بالتجريد: الدفع بتجريد المدين من الأموال المحملة بتأمين عينى لضمان نفس الدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل:

– هذه الصورة تفترض أن هناك تأمينا عينيا مقدما من المدين، وقد خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين، ثم تعاصرت معه أو جاءت بعده كفالة ولم يكن الكفيل متضامنا.

فى هذه الحالة أجاز المشرع للكفيل أن يطلب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أمواله هو. وهذا ما نصت عليه المادة ٧٩١ مدنى بقولها انه: «إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين».

– وقد استحدث المشرع المصرى هذه الصورة التى لا يوجد مقابل لها لا فى التقنين المدنى القديم ولا فى القانون الفرنسى، وانما استقى المشرع هذا النص من المادة ٢/٤٩٥ من التقنين المدنى السويسرى والمادة ٢/٧٧٢ من التقنين المدنى الالمانى.[1]

– وحكمة هذا النص واضحة، إذ أن المشرع قد راعى أن تدخل الكفيل لضمان الدين فى الوقت الذى يوجد فيه تأمين عينى مخصص لضمان ذات الدين، قد أخذ فى اعتباره ذلك واعتمد على هذا التأمين فى الوفاء بالدين المضمون. ولذلك فانه يجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المال المحمل به، على أن يكون له الحق فى التنفيذ على أموال الكفيل إذا لم يكف هذا المال المحمل بالتأمين للوفاء بحقه كاملا.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥ ص٥١١.
– السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٥٠ ص١٢٩ هامش (٢).
– عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص١٦٠ و١٦١.

- ووجه الخصوصية فى هذه الصورة هو انه لا يشترط فيها ان يكون هذا التأمين كافياً للوفاء بدين الدائن كما هو الحال فى الصورة العامة للدفع بالتجريد. كما أن الدفع لا ينصرف إلى كل أموال المدين وانما إلى المال أو الأموال المحملة بتأمين عينى.

- وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع ينبغى أن تتوافر عدة شروط:

١- يجب أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين. والتأمين العينى قد يكون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو حق امتياز. وبناء على ذلك قد يكون التأمين العينى واردا على عقار أو على منقول وذلك بحسب طبيعة هذا التأمين. وقد يكون مصدر هذا التأمين القانون أو الانفاق، وذلك طبقا لنص المادة ٧٩١ مدنى. ومع ذلك فان الفقه يذهب إلى أن الاختصاص يدخل فى نطاق هذا النص[١]. ولكن لا يدخل ضمن هذا النص الحق فى الحبس حيث انه لا يعتبر تأمينا عينيا. كما يستوى أن يكون هذا التأمين العينى ضامنا للدين وحده أو ضامنا له مع غيره من ديون. ويستوى أن يكون كافيا للوفاء بالدين أم غير كاف.

٢- يجب أن يكون التأمين العينى سابقا أو معاصر للكفالة. وعلى ذلك إذا كان التأمين العينى قد تقرر بعد الكفالة فان الكفيل لا يستطيع أن يدفع بضرورة لتنفيذ على المال المحمل به قبل التنفيذ على أمواله. أما إذا كان التأمين العينى سابقا أو معاصرا فان الكفيل قد وضعه فى اعتباره عند تقدمه لضمان دين المدين وبالتالى فقد اعتمد عليه فى الوفاء بالدين المضمون، فله اذن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص١٦١. - السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٥٠ ص١٣٠. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٣ ص١٢٢. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٦٨. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٧٩. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٦٦. - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٠ ص٢٦٠. وقارن: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص٧٥، حيث يري: «ان الحجة الأساسية في شمول حق الاختصاص هو نص المادة ٤٨٩ مرافعات وليس لانه يخضع لنفس أحكام الرهن الرسمي».

٣- هل يلزم أن يكون التأمين مقدما من المدين؟ .. نحن نرى مع غالبية الفقهاء أن المادة ٧٩١ مدنى تنصرف إلى الحالة التى يكون فيها التأمين العينى مقدما من المدين،[١] وذلك لأنه يعتبر صورة خاصة من الدفع بالتجريد،[٢] وهذا الدفع لا ينصرف الا إلى أموال المدين، وعلى ذلك فانه لا ينصرف إلى التأمين العينى المقدم من الغير، كالتأمين المقدم من الكفيل العينى. وذلك لأن التزام كل من الكفيل العينى والكفيل الشخصى التزام تابع. وان الاختلاف بين الكفيل العينى والكفيل الشخصى ليس فى درجة المسئولية وانما فى مدى هذه المسئولية[٣]. كما أن نص المادة ٧٩١ مدنى مأخوذ من المادة ٢/٧٧٢ من التقنين الألمانى والمادة ٢/٤٩٥ من التقنين السويسرى، وانه فى كل من التقنينين يجب أن يكون المال المحمل بالتأمين مملوكا للمدين.[٤]

ولكن يجب أن يكون واضحا فى الاذهان أن إستلزام المادة ٧٩١ من أن يكون التأمين العينى مقدما من المدين لا يعنى أنها تستلزم بقاء هذا المال المحمل بهذا التأمين فى ذمة المدين إذ يمكن أن تنتقل ملكيته إلى الغير، ولكن فى كل هذه الأحوال فان التأمين العينى يكون ساريا فى مواجهة هذا الغير.[٥]

اذن العبرة و بأن يكون التأمين العينى قد نشأ على مال مملوك للمدين ولو انتقلت ملكيته بعد ذلك إلى غيره.[١]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص١٦٢. - السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٥ ص١٣٠ و١٣١. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٦٨ و٦٩. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٣ ص١٢٢.

(٢) أنظر عكس ذلك: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص٧٣.

(٣) أنظر عكس ذلك: أحمد سلامة، والمرجع السابق، فقرة ٤٥ ص٧٤ وص ٧٥. - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٠ ص٢٦٠. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٦٧ و١٦٨.

(٤) أنظر عكس ذلك: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص٧٥. وقارن سمير تناغو، والمرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٨١.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي، والمرجع السابق، فقرة ٩٨ ص١٦٣.

اذن العبرة و بأن يكون التأمين العينى قد نشأ على مال مملوك للمدين ولو انتقلت ملكيته بعد ذلك إلى غيره.[1]

٤- يجب الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين. هذا الشرط متطلب أيضا بالنسبة للصورة العامة للدفع بالتجريد المنصوص عليها فى المادة ٢/٧٨٨ وذلك لأن منطق التضامن يجعل الكفيل فى مركز المدين الأصلى وبالتالى يسمح للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين (م٧٩٣ مدنى)، وأيضا قبل تنفيذه على المال المحمل بتأمين عينى معاصر أو سابق للكفالة. وعلى ذلك فإذا كان الكفيل متضامنا فانه لا يستطيع أن يتمسك لا بالدفع بالتجريد فى صورته العامة ولا بالدفع بالتجريد فى صورته الخاصة المنصوص عليها فى المادة ٧٩١ مدنى.

٥- يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه لا يتعلق بالنظام العام، وانما هو مقرر لمصلحة الكفيل. وعلى ذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

فإذا توافرت كل هذه الشروط، وقبل الدفع من الكفيل، فانه يترتب على هذا الدفع ما يترتب على الدفع بالتجريد فى صورته العامة من آثار. فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال المحملة بهذا التأمين. وإذا كانت قد بدأت اجراءات التنفيذ فانها يجب أن توقف ويسقط ما سبق اتخاذه من اجراءات. وإذا كانت نتيجة التنفيذ على المال المحمل بالتنفيذ العينى كافية للوفاء بالدين كاملا، برئت ذمة الكفيل. فان لم تكن كافية رجع الدائن بما تبقى له على أموال المدين ويستوفى كامل حقه.

---

(١) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣ ص١٢٣.

وقارن سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٨١، والذي انتهي إلي نفس النتيجة ولكن بطريقة غير مباشرة، وذلك بقوله بأنه «ينبغي التفرقة بين فرضين: الأول، أن يكون الشخص الذي يملك المال المثقل بالتأمين العيني هو كفيل عيني لنفس الدين، وهذا الفرض لا مجال للتمسك بالتجريد بل يجوز فقط التمسك بالتقسيم إذا توافرت شروطه، والفرض الثاني،، يكون الشخص الذي يملك المال المثقل بالتأمين العيني، شخصا من الغير وليس كفيلا لنفس المدين، وهذا الفرض فان للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد كما يتمسك به لو كان هذا المال مملوكة للمدين».

المطلب الثالث

الدفع بالتقسيم

Le bénéfice de division

الدفع بالتقسيم يفترض أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد وفى عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم. وعلى ذلك فان الدين ينقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أى منهم الا بقدر نصيبه فى الدين فقط. وقد أورد المشرع حكم هذا الفرض فى المادة ٧٩٣، وهى تنص على أنه:

١ - «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه فى الكفالة».

٢ - «اما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم».

والمشرع المصرى قد سلك مسلكا مخالفا للقانون الفرنسى (٢٠٢٥ - ٢٠٢٦ مدنى فرنسى)، حيث أن التقسيم بين الكفلاء يقع بقوة القانون، وأن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. وعلى ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء بعد ابرام عقد الكفالة، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء، بل يتحمل وحده نتيجة اعساره. وقد كان هذا هو نفس الحكم فى القانون المدين القديم وذلك على غرار الشريعة الاسلامية الغراء[1]. ولكن ما هى شروط الدفع بالتقسيم وما هى آثاره؟.

---

(١) راجع المادة ٨٥٨ مرشد الحيران التي تقضي بأن: «إذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معا في عقد واحد فلا يطالب كل منهم الا بحصته من الدين المكفول...» وراجع كذلك المادة ٦٤٧ من المجلة. وانظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص١٣٧ هامش (٢).

أولا – شروط الدفع بالتقسيم:

يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء عدة شروط:

١– ان يتعدد الكفلاء. وعلى ذلك فإذا كان للدين كفيل واحد فان الدين لا ينقسم بينه وبين المدين.

٢– ان يتعدد الكفلاء لدين واحد. وعلى هذا لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق أى كفيل الكفيل، لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام. اذ الكفيل يضمن الالتزام الأصلى، ويضمن المصدق التزام الكفيل.

٣– ان يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين. فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم وقدم كل منهم كفيلا، كل كفيل من هؤلاء قد كفل دينا واحدا ولكن لم يكفل نفس المدين. وعلى ذلك فلا يجوز لأحد هؤلاء الكفلاء أن يطلب التقسيم. بل يبقى كل منهم مسئولا عن الدين بأكمله. أما إذا كفل هؤلاء الكفلاء المدينين المتضامنين جميعاً، فانهم يكونوا بذلك قد كفلوا دينا واحد ونفس المدينين، ولذلك ينقسم الدين عليهم.[1] فى حالة ما إذا كان المدينون غير متضامنين فان الدين ينقسم ابتداء على المدينين، وينقسم بالتالى على الكفلاء وذلك طبقا للقواعد العامة.

٤– أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد. فإذا تعدد الكفلاء وكانوا قد التزموا بعقد واحد، فان هذا يدل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، وبالتالى انصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم الا بقدر نصيبه. ولذلك فان المشروع قرر تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون. اما فى حالة ما إذا كان كل كفيل قد

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤١ ص٩٥.

كفل الدين بعقد مستقل، فانه لا يكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء وبالتالى فلا ينقسم الدين بينهم الا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم، فلا يسأل الا عن النصيب الذى ارتضى كفالته (م٢/٧٩٢). أما إذا لم يحتفظ أحدهم لنفسه بحق التقسيم فان كل كفيل يصبح مسئولا عن كل الدين، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضام.[١]

د- ألا يكون الكفلاء المتعددين متضامنين فيما بينهم لأنهم إذا كانوا متضامنين فان منطق التضامن يقضى بان للدائن حق فى أن يطالب ايا منهم بكل الدين. وإذا كان أحد الكفلاء متضامنا مع المدين فانه يكون بذلك قد وضع نفسه فى نفس مركز المدين الأصلى، وبالتالى فلا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين ويسأل عن الدين كله، ويثبت للكفلاء الآخرين الحق فى التقسيم إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم.[٢]

ثانيا - آثار الدفع بالتقسيم:

إذا توافرت الشروط السابق ذكرها، فانه لا يحق للدائن أن يطالب أى من الكفلاء الا بقدر حصته من الدين، ويقسم الدين فيما بين الكفلاء بالتساوى مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولم لم يطلبه الكفلاء. ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع فى أى حالة تكون عليها الدعوى، بل يجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون حاجة أن يتمسك به الكفيل. ويترتب على ذلك أنه إذا اعسر أحد

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص٩٦. وانظر مؤلفنا في التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٢، ص١٣٩. - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٩٧ ص١١١. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٩٥. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص٨٤. وانظر عكس ذلك: - محمد علي امام، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص١١٤. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص٦١. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٢٤.

الكفلاء فان الدائن هو الذى يتحمل حصة المعسر منهم وهذا بخلاف ما هو عليه الحال فى فرنسا.(١)

المطلب الرابع

التزامات الدائن عند استيفائه الدين

إذا رجع الدائن على الكفيل، بعد مراعاة الاجراءات والشروط السابق بيانها، ووفى هذا الاخير بالدين له، فانه يترتب على ذلك أن الدائن يلتزم فى مواجهة الكفيل بتسليم المستندات اللازمة لمباشرة حقه فى الرجوع وكذلك يلتزم بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل.

أولا - التزام الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع:

فقد نصت المادة ١/٧٨٧ على أنه «يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين بالمستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع». وتظهر أهمية ذلك فى أن الكفيل الذى وفى الدين يجوز له أن يرجع على المدين ليطالبه بما وفاه عنه، وعلى الكفلاء الآخرين ليطالبهم بنصيبهم فى الدين فى حالة ما إذا كانوا متضامنين وقام هو بالوفاء بكل الدين.

ولذلك يجب على الدائن أن يسلم الكفيل سند الدين، فإذا ما امتنع الدائن عن تسليم الكفيل هذه المستندات جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء له ولا يعتبر بذلك مخلا بالتزامه، ويستطيع الكفيل أن يودع مبلغ الدين خزانة المحكمة حتى تبرأ ذمته.

(١) - A. WEILL, op. cit., No. 31, p. 36 et 37.
- AUBRY et EAU, op. cit., No. 230 p. 349.
- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 42, p. 50 et 51.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, vol. I, No 556, p. 345.

ثانيا – التزام الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل:

وتنص المادة ٢/٧٨٧ على أنه «إذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل». وتنص الفقرة الثالثة على أنه «إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى، فان الدائن يلتزم أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين».

وتظهر أهمية ذلك عندما يحل الكفيل محل الدائن فى الدين الذى وفاه له، حيث أن هذا الحلول يعطى الكفيل نفس حق الدائن بما يكلفه من ضمانات. فلذلك يجب على الدائن أن يتخلى للكفيل عن المنقول المرهون أو المحبوس، حتى يوفر له نفس الضمان فى استيفاء حقه. بل أكثر من ذلك إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى فانه يجب على الدائن القيام بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، كالتأشير بذلك على هامش القيد، مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذى قرر حق الاختصاص، ويتحمل الكفيل هذه المصروفات على أن يرجع بها على المدين.

وللكفيل أن يمتنع عن الوفاء للدائن إذا لم يقم بهذا الالتزام، ولا يعتبر الكفيل مخلا بالتزامه، وذلك حتى يضغط على الدائن ليحصل منه على هذه الضمانات حتى يستفيد منها عند الرجوع على المدين وذلك بحلوله محل الدائن: فى حقه بما يكفله من ضمانات وما يلحقه من توابع وبما له من صفات كما سنرى فيما بعد عند الكلام عن دعوى الحلول.

المبحث الثاني

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين[1]

دعاوى رجوع الكفيل على المدين - الدعوى الشخصية، ودعوى الحلول:

ان التزام الكفيل بمقتضى عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ التزام المدين، والوفاء به ان لم يف به المدين نفسه. فالتزام الكفيل بالضمان عادة يكون بدون مقابل، فهو يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه. ولذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن، كان فى حكم من وفى دين غيره. ولهذا كان طبيعيا أن يعطى القانون الكفيل حق الرجوع على المدين.

والرجوع على المدين يفترض أن الكفيل قد وفى بالدين. ولذلك وتمشيا مع هذا المنطق فإن القانون المدنى لا يعطى الكفيل حق الرجوع على المدين الا إذا قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن. وذلك بخلاف القانون المدنى القديم الذى كان يجيز للكفيل أن يرجع على المدين فى بعض الأحيان دون أن يكون قد وفى بالدين. وذلك فى حالة ما إذا حل أجل الدين المكفول حتى ولو منح الدائن أجلا جديدا، وذلك حتى يؤمن الكفيل ضد خطر اعسار المدين المحتمل، وفى حالة افلاس المدين، وذلك لحماية الكفيل من تراخي الدائن فى الدخول فى التفليسة وبالتالى ضياع حقه ثم يحمل الكفيل تبعه ذلك. والقانون المدنى الحالى قد قرر من الوسائل ما يكفل لحماية الكفيل من إهمال أو تقصير الدائن. فالدائن هو الذى يتحمل كل تقصير يصدر منه ويضر بالكفيل. ولذلك فقد خول القانون المدنى الكفيل أن ينذر الدائن بضرورة اتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من هذا الانذار والا برئت ذمة الكفيل ما لم يقدم له المدين ضمانا كافيا (م٢/٧٨٥ مدنى) وكذلك إذا

(١) إنظر دراسة تفصيلية لهذا العلاقة فى الفقه والقضاء الفرنسى،
PH. Simler, op cit, no 517 et s p. 423 et s.

افلس المدين ولم يدخل الدائن في التفليسة برئت ذمة الكفيل بقدر ما اصابه من ضرر بسبب اهمال الدائن (م٧٨٦/١ مدني).

وعلى ذلك فان الكفيل لا يحق له الرجوع على الدائن الا إذا كان قد وفى فعلا الدين للدائن، وذلك على خلاف القانون المدني القديم والقانون الفرنسي. والكفيل في وفائه بدين المدين يكون قد وفى دين غيره، وان كان قد وفى التزامه الذي التزم به بمقتضى عقد الكفالة، ولمن وفى دين غيره طبقا للقواعد العامة أن يرجع على المدين الأصلي. ويكون هذا الرجوع باحد دعويين، إما الدعوى الشخصية (م٣٢٤ مدني) أو بدعوى الحلول (م٣٣٢ مدني). وقد جاء المشرع بتطبيقات خاصة لهذه القواعد العامة في صدد عقد الكفالة. فأجازت المادة ٨٠٠ مدني للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه بمقتضى دعوى شخصية. كما أجازت المادة ٧٩٩ مدني للكفيل أن يرجع على المدين بعد استيفاء الدائن لكل حقه من هذا الكفيل بدعوى الحلول. ولكي يلجأ الكفيل إلى أي من هاتين الدعويين يجب أن تتوافر شروط معينة.

ولكن كل ما تقدم يفترض العلاقة البسيطة أي العلاقة بين كفيل ومدين ودائن. ولكن قد يتعدد المدينون وقد يكونوا متضامنين أو غير متضامنين. ولذلك يجب أن ندرس في مطلب أول رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية، ثم في مطلب ثان رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول، ثم بعد ذلك نعرض في مطلب ثالث لحالة رجوع الكفيل وتعدد المدينين.

المطلب الأول

الدعوى الشخصية[1]

تنص المادة ٧٩٨ من التقنين المدني على أنه:

---

(١) انظر Ph. Simler, op. cit, no 526 p. 427 et s.

١ - «يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفائه الدين، والا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه».

٢ - «فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، بقى للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه».

وكما تنص المادة ٨٠٠ من التقنين المدني على أنه:

١ - للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

٢ - ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع الا بالذي دفعه من وقت اخباره المدين الأصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده».

٣ - «ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع».

ومن هذه النصوص نستطيع أن نحدد خطتنا لدراسة الدعوى الشخصية على النحو التالي، نعرض للكفلاء الذين لهم الحق في مباشرتها، ثم للاساس القانوني لهذه الدعوى، وبعد ذلك نعرض لشروطها ولموضوعها.

أولا - الكفلاء الذين يحقق لهم الرجوع بالدعوى الشخصية:

- طبقا لنص المادة ٨٠٠ فقرة أولى أن الكفيل الذي يستطيع أن يرجع على المدين بما وفاه هو الكفيل الذي تقدم ليضمن المدين سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه. وعلى ذلك فان الكفيل الذي تقدم للكفالة بعلم المدين له الحق في الرجوع بالدعوى الشخصية، وسواء اكانت الكفالة بناء على طلب المدين، أو أن المدين لم يطلب منه أن يتقدم لكفالته ولكنه علم بحصول الكفالة ولو يعارضه فيها.

ويكون أيضا للكفيل الذى تقدم بغير علم المدين حق الرجوع على هذا الأخير بالدعوى الشخصية. ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن، والكفيل المأجور وغير المأجور، والكفيل الشخصى والكفيل العينى.

– قد يتبادر إلى الذهن بأن الكفالة التى تتم رغم معارضة المدين تدخل فى نطاق هذا النص، حيث أن المعارضة يفترض العلم أولا بالشيء ثم معارضته بعد ذلك. ومع ذلك فإن هناك شبه اجماع فى الفقه على أن هذه الحالة لا تدخل فى نطاق هذا النص، وذلك لأن النص عندما تكلم عن علم المدين بالكفالة افترض انها عقدت برضائه. ولو قصد المشرع منح هذه الدعوى للكفيل الذى يتقدم للضمان رغم ارادة المدين لنص على ذلك صراحة كما فعل فى الحالات الأخرى.[1] وعلى ذلك يكون النص قد اغفل هذا الفرض، فانه لم يبق للكفيل الا الرجوع على المدين بدعوى الحلول، أو الرجوع الذى تقرره القواعد العامة للموفى بالالتزام رغم ارادة المدين (م٣٢٤ مدنى).

ولا يدخل أيضا فى نطاق هذا النص الكفالة التى تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين. بمعنى أن الكفيل فى هذه الحالة لا يحق له الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين وان كان له أن يرجع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة. وتكون الكفالة فى صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام فى ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن فقط ضد خطر اعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير.[2]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص١٧١. – السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٠ ص١٥٩. – سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص١٢٠. – منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص٩٧. – محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص١٢٩ وص١٣٠.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص١٧٣. – السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١٦٠ و١٦١.

وعلى ذلك فانه يحق للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى بصفة عامة مالم تكن الكفالة قد تمت رغم معارضة المدين لها، وما لم تكن الكفالة قد ابرمت فى صالح الدائن وحده. إذ فى هاتين الحالتين يرجع الكفيل على المدين طبقا للقواعد العامة، أى دعوى الاثراء بلا سبب.

ثانيا - الأساس القانونى لهذه الدعوى:

يذهب الفقه في فرنسا إلى تأسيس هذه الدعوى أما على دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، ففى الحالات التي تكون فيها الكفالة قد عقدت برضاء المدين الصريح أو الضمنى فان الدعوى الشخصية تكون على اساس وجود هذه الوكالة فى الوفاء بالدين. وفى الحالات التى يكون فيها الكفالة قد عقدت بغير علم المدين وقام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين، فان عند رجوعه على المدين تكون دعواه فى الرجوع أساسها الفضالة[1]، وقد أيد جانب من الفقه المصرى هذا الرأى.[2]

أما غالبية الفقهاء فى مصر فيذهبون إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين طبقا للمادة ٨٠٠ ليست دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، بل هى دعوى أخرى مستقلة ومتميزة عن كل من هاتين الدعويين وهى تسمى دعوى الكفالة.[3]

(١)
- AUBRY et RAU, op. cit., No. 234, p. 345;
- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, vol. 1, No. 559, p. 546;
- MAZEAUD, op. cit., T. III, vol. I, No. 34, p. 46;
- A. WEILL, op. cit., No. 35, p. 39, p. 39 et p. 40.

(٢) أنظر: محمد كامل مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، فقرة ١٠٤ ص١٤٠.

(٣) أنظر في نقد تفصيلي للفقه التقليدي:
عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٢ ص١٦٨ إلى ١٧٠. - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١١٦. - محمد علي أمام، المرجع السابق، ص١٣٥. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٩. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص١١٣. - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص٨١. - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٧ ص٢٦٥.

بينما لا يرى البعض أهمية عملية كبيرة فى القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى دعوى خاصة نص عليها القانون[1]، ويذهب البعض الآخر إلى أن انتقاد غالبية الفقهاء فى مصر للفقه التقليدى لا محل له، لأن الفقه التقليدى لا يقصد بتأسيس دعوى الكفيل على فكرة الوكالة أو فكرة الفضالة سوى تشبيه بالوكيل أو بالفضولى، وتقريب كفالته، بعلم المدين بالوكالة، وكفالته، دون علمه، بالفضالة، لا اعتبار دعوى الكفيل ناشئة فعلا، عن عقد الوكالة أو واقعة الفضالة. ولا تطبق قواعد الوكالة أو الفضالة على علاقة الكفيل بالمدين.[2]

ونحن نرى أنه من الأفضل اعتبار الدعوى الشخصية، المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ مدنى، والتى يرجع بها الكفيل على المدين دعوى مستقلة من حيث أحكامها ونطاق تطبيقها - وتسمى بدعوى الكفالة مثلها فى ذلك مثل دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، وأن التشابه بين هذه الدعاوى لا يؤدى بالضرورة إلى الخلط بينها.

ثالثا - شروط الدعوى الشخصية:

إذا كان للكفيل الذى تمت كفالته دون معارضة المدين ولمصلحة هذا الأخير حق الرجوع على هذا المدين بدعوى شخصية، أو بدعوى الكفالة، فانه يجب أن تتوافر عدة شروط حتى يستطيع الرجوع بهذه الدعوى وهذه الشروط نعرض لها فيما يلى:

١ - يجب أن يكون أجل الدين قد حل. فإذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بالدين قبل حلول الأجل، فانه لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى الا عند حلول الأجل. والأجل الذى يعتد به هنا هو الأجل الأصلى للدين المكفول. وعلى ذلك إذا حل هذا الأجل ولكن الدائن قد منح المدين أجلا جديدا، فان هذا

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦١ ص١٦٥ و١٦٧.
(٢) محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص١٢٨.

الاجل الأخير لا يحتج به فى مواجهة الكفيل ويستطيع أن يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأصلى، ويستطيع آنذاك أن يرجع على المدين بما وفاه حتى ولو قبل انقضاء الأجل الجديد، ولكن على العكس من ذلك فإذا كان المدين قد نزل عن الأجل الأصلى، فان الكفيل يستطيع أن يفيد من هذا النزول، ويقوم بالوفاء بالدين فورا، وأن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه للدائن.[1]

٢- يجب أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء بالدين للدائن حتى يمكنه أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين. ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط وانما ينصرف أيضا إلى أسباب الانقضاء الأخرى، كالمقاصة والوفاء بمقابل، أو التجديد بتغيير المدين، أو الانابة الكاملة، أو اتحاد الذمة، بشرط أن يترتب على ذلك براءة ذمة المدين، والا لما أمكن للكفيل الرجوع عليه، كما لو أن الكفيل قد وفى الدين بمقابل واستحق هذا المقابل، وأيضا إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم التزام الكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء، وعلى ذلك فلا يستطيع الرجوع على المدين.[2]

ولا يشترط لرجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين أن يكون قد قام بالوفاء بالدين كله، أو أن يكون الدائن قد استوفى دينه بتمامه عن طريق آخر وذلك بخلاف الحال فى دعوى الحلول. وانما إذا وفى الكفيل بجزء من الدين المكفول فانه لا يحق له الرجوع على المدين الا بهذا الجزء. بشرط أن يكون قد رضى بهذا الوفاء الجزئى لابراء ذمة الكفيل فى مواجهته، إذا كانت الكفالة غير محددة، أولا لأنه لم يكن قد كفل الا هذا الجزء. فإذا حدث وأن تزاحم الكفيل عند رجوعه على

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص١٧٧. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص١٦٩ هامش (٤). - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص١١٤. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٧٢.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص١٦٨. - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص١٧٤.

المدين بهذا الجزء مع الدائن عند رجوعه بباقي الدين ولم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما فانهما يتقاسما هذه الأموال قسمة الغرماء. وليس هناك محل للقول بعدم امكان ذلك بحجة أن «الضمان والتعرض لا يجتمعان، ومن يجب عليه الضمان لا يجوز له أن يطالب الاستحقاق، سواء في الحقوق العينية، أو الحقوق الشخصية»[1]. لأن هذا الفرض ليس هناك أى ضمان أو تعرض حيث أن قبول الدائن للوفاء الجزئى، والذى لا يجبر عليه، قد أبرأ ذمة الكفيل من الضمان، وبالتالى مزاحمته للدائن لا تشكل أى تعرض. وذلك خلافا للرجوع بدعوى الحلول (انظر المادة ٧٩٩ مدنى).

٣- يجب على الكفيل اخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء. وقد جاء هذا الشرط فى المادة ١/٧٩٨ مدنى. فيشترط لكى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين أن يخطره قبل قيامه بالوفاء للدائن بعزمه على القيام به، سواء أراد الكفيل أن يقوم بالوفاء من تلقاء نفسه أو نتيجة مطالبة الدائن له. والحكمة من ذلك أنه قد يكون المدين قام بالوفاء بالدين من قبل، أو أنه يقوم بالوفاء بالدين مرة أخرى بعد وفاء الكفيل الذى لا يعلم به، أو أن يكون لديه دفوع متعلقة بشخصه أو متعلقة بالدين كان يستطيع أن يحصل نتيجة ابدائها على الحكم بابطال الدين أو تقرير انقضائه ففى كل هذه الأحوال المدين لا يفيد من الوفاء الحاصل من الكفيل نتيجة تقصير هذا الأخير فلا يحق له بالتالى الرجوع على المدين[2]. واخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص، فيصح أن يكون رسميا على يد محضر، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، ويصح أن يكون شفويا على أن يثبت الكفيل انه قد قام بهذا الاخطار.[3]

وعلى ذلك فان عدم الاخطار الذى يحرم الكفيل من الرجوع على المدين هو

---

(١) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص١١٤.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص١٧٤ و١٧٥.

(٣) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص١٦٩ و ١٧٠ وخاصة (هامش١).

الذى يترتب عليه ضرر المدين. فإذا لم يحصل أى ضرر للمدين فان للكفيل حق الرجوع ولو لم يخطره.

وإذا كان يقع على الكفيل التزام باخطار المدين قبل الوفاء، فان القيام بهذا الاخطار يولد التزاما على عاتق المدين بالرد عليه فى الوقت المناسب (م٧٩٨/٢ مدنى) فيجب على المدين إذا ما أخطره الكفيل بعزمه على الوفاء، أن يعترض على ذلك، ان كان لديه سبب من أسباب الاعتراض، كأن يكون وفى الدين، أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلان الدين أو انقضائه، ويجب أن يصل اعتراض المدين هذا إلى الكفيل فى وقت مناسب يقدره القاضى.[1] فإذا قصر المدين فى ذلك ولم يعارض الكفيل فى الوفاء فى وقت مناسب أو معقول، حق للكفيل الرجوع على المدين ولو كان هذا الاخير قد وفى الالتزام من قبل، أو أنه كان لديه سبب يقضى ببطلانه أو انقضائه لأن كل ذلك راجع إلى تقصيره فى الرد على الكفيل فلا يلومن الا نفسه.[2] ولا يوجد شكل خاص لهذا الاعتراض، كما هو الحال بالنسبة للاخطار.[3]

فإذا توافرت هذه الشروط، فما الذى يرجع به الكفيل على المدين؟ هذا هو ما يسمى بموضوع الدعوى الشخصية.

رابعا – موضوع الدعوى الشخصية:

وتحدد الفقرة الثانية والثالثة من المادة ٨٠٠ من التقنين المدنى موضوع الدعوى الشخصية بنصها على أنه «.... – ٢ – ويرجع (الكفيل) بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه فى المصروفات لا يرجع الا بالذى دفعه من وقت

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص١٧٦. – السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص١٧١ و١٧٣.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص١١٦.

(٣) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص١٧٢.

اخباره المدين الأصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده. ٣- ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع».

ونخلص من هذه المادة بأن ما يرجع به الكفيل على المدين يشمل عدة عناصر يمكن بيانها على النحو التالي:

١- أن ما يرجع به الكفيل على المدين هو كل المبالغ التي دفعها لابراء ذمة مدينه. ويدخل في هذه المبالغ أصل الدين وفوائده والمصروفات التي أنفقها الدائن لمطالبة المدين وقام الكفيل بدفعها.

٢- الفوائد: وهي الفوائد القانونية عن كل المبالغ التي دفعها الكفيل من يوم الدفع (م٣/٨٠٠)، أي دفع الكفيل الدين للدائن. ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة التي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تستحق الا من وقت المطالبة القضائية بها (م٢٢٦ مدني). ولكن المشرع قد اعطى الكفيل ما اعطاه للوكيل (م٧١٠ مدني) وللفضولي (م١٩٥ مدني) من حيث احتساب الفوائد القانونية من وقت الدفع لا من وقت المطالبة القضائية.

٣- ويرجع الكفيل كذلك بالمصروفات التي انفقها في سبيل الوفاء بالتزامه من وقت اخباره للمدين بالاجراءات التي اتخذها الدائن ضده. من أمثلة ذلك المصروفات التي انفقها الكفيل في ارشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها، ومصروفات العرض الحقيقي والايداع فيما إذا اضطر الكفيل إلى ذلك، والمصروفات التي يرجع عليه بها الدائن مثل المصروفات التي أنفقها هذا الأخير، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء، وكل المصروفات التي تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه[1]. والكفيل لا يرجع على المدين من هذه المصروفات الا بالذى أنفقه من وقت اخباره للمدين الأصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده. والحكمة من ذلك انه إذا أخطر الكفيل المدين بالاجراءات التي اتخذت ضده قد يكون لديه دفوع تحول دون مطالبة

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٣ ص١٧٥.

الدائن له وبالتالى للكفيل، وقد يقوم بالوفاء وبالتالى يتجنب المصروفات التى قد يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر. وعلى ذلك فان كل المصاريف السابقة على اخطار المدين بالاجراءات التى اتخذت ضد الكفيل يتحملها الكفيل ولا يستطيع أن يرجع بها على المدين، أما ما يتلو الاخطار من مصروفات فان الكفيل يستطيع أن يرجع بها على المدين. ويستثنى من ذلك مصروفات المطالبة الأولى، أى مصاريف رفع الدعوى أو التنبيه بالوفاء على الكفيل، حيث أن الكفيل لا يعلم بها الا بعد حصولها وبالتالى لا يمكن الاخطار بها قبل ذلك. ولذلك يستطيع الكفيل بالرجوع بها على المدين ولو لم يخطره بها.[1]

٤- بالنسبة لما قد يستحق للكفيل من تعويضات، نتيجة للضرر الذى يصيبه من جراء الوفاء بالتزامه، فانه من حيث المبدأ لا يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بهذا التعويض بخلاف الحال بالنسبة للوكيل (م٧١١ مدنى)، أو الفضولى (م٩٥؟ مدنى)، لأن هذه النصوص تعتبر استثناء على القواعد العامة(٢)، ولم يأت المشرع بنص صريح يجيز ذلك بصدد الكفالة. وقد كانت المادة ١٥٣ مكرر فقرة ٤ من المشروع التمهيدى تجيز ذلك، وقد حذفت بعد ذلك من المشروع، وهذا يدل على أن المشرع أراد أن يترك الحكم فى هذه الحالة للقواعد العامة. وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالتعويضات إذا جاوز الضرر الذى أصابه من جراء الوفاء للدائن مقدار الفوائد القانونية المستحقة له. ولكن إذا كان الضرر الذى لحق الكفيل نتيجة سوء نية المدين وأثبت الكفيل ذلك، فانه يستطيع أن يطالب المدين بتعويض تكميلى طبقا للقواعد العامة (م٢٣١ مدنى).[3]

---

(١) انظر الحكم المماثل لذلك بصدد الكفالة غير المحددة: في المادة ٧٨١ مدني، وانظر ايضا: السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٣ ص١٧٥.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص١٨٠. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص١٣٤.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص١٨٠. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص١١٨. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٧٥. وقارن: السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٦٣ ص١٧٦ و١٧٧. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٨٢. - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص٨٥. - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠١ ص٢٦٨.

- رجوع الكفيل فى حالة الكفالة التى عقدت لمصلحة الدائن وحده أو بالرغم من اعتراض المدين:

- فى هاتين الحالاتين لا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة وإنما يرجع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب.

- ويشترط للرجوع بهذه الدعوى ما يلى:

١- أن يكون الكفيل قد وفى بالدين.

٢- أن تعود على المدين منفعته من هذا الوفاء. ٣- أن يحل أجل الدين.

- يتحدد مدى رجوع الكفيل على المدين بهذه الدعوى طبقا للقواعد العامة.

* لايرجع الكفيل على المدين فى هاتين الحالتين إلا بأقل القيمتين:

١- قيمة ما وفاه هو للدائن.

٢- قيمة الفائدة التى عادت من هذا الوفاء على المدين.

فإذا كانت قيمة الفائدة التى عادت على المدين من هذا الوفاء أقل مما وفاه الكفيل لوجود دفوع أو أسباب كان يستطيع بها المدين أن يدفع بها مطالبة الدائن إياه وأن يسقط عن نفسه بعض الدين (م٣٢٤مدنى) فان الكفيل لا يرجع إلا بقدر ما أفاده المدين بسبب الوفاء أى بالقدر الذى برئت به ذمته نتيجة للوفاء وحده.

* بخصوص الفوائد، لا يرجع الكفيل على المدين بهذه الدعوى إلا بالفوائد المستحقة عن المبالغ التى دفعها إلى الدائن من وقت المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة وخلافا لما تخوله إياه دعوى الكفالة لوجود نص خاص بها.

* أما بخصوص التعويض عن الاضرار التى تجاوز قيمة الفوائد القانونية فإنه يجوز له المطالبة بتعويض تكميلى عن هذه الأضرار إذا أثبت أن المدين قد تسبب فيها بسوء نية طبقا للقواعد العامة (م٢٣١ مدنى) وفى ذلك لا تختلف هذه الدعوى عن دعوى الكفالة فى هذا الصدد لعدم وجود نص خاص بدعوى الكفالة وخضوعها أيضا للقواعد العامة.

المطلب الثانى

دعوى الحلول[1]

للكفيل الذى قام بالوفاء بالدين بجانب الدعوى الشخصية دعوى الحلول والتى تمكنه من «أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين». وهذه الدعوى ليست الا تطبيقا للقواعد العامة فى الوفاء مع الحلول والمنصوص عليها فى المادة ١/٣٢٦. وهذه المادة تقرر انه «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه...». والكفيل ملزم بالوفاء بالدين عن المدين، وبالتالى فهو يدخل فى نطاق هذا النص. ومع ذلك فقد أورد المشرع تطبيقاً خاصا لهذا النص فى نطاق الكفالة فى المادة ٧٩٩ مدنى، والتى تنص على أنه «إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين، ولكن إذا لم يف الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين».[2]

ونخلص مما سبق أنه لدراسة دعوى الحلول يجب أن نعرض للكفلاء الذين يحق لهم مباشرة هذه الدعوى، ثم شروطها، وبعد ذلك أن نتعرف على موضوعها، ونختم دراسة هذا المطلب بمقارنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية:

أولا - الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة الدعوى:

يستطيع أى كفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، ويستوى أن تكون الكفالة حاصلة بعلم المدين أم بغير علمه أو حتى رغم معارضته، وذلك لأن الحلول

---

(١) أنظر في القانون الفرنسي.

PH. Simler, op. cit., no 551 p. 446 et s.

(٢) انظر السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٦ ص١٨٢.

أثر للوفاء، ولا أهمية لنوع الرابطة التى تربط الكفيل بالمدين.[1] ويستوى أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين وحده[2]. ولا يهم أن يكون الكفيل مأجورا أو غير مأجور، متضامنا أو غير متضامن.[3]

ثانيا – شروط دعوى الحلول:

وإذا كان الحلول هو أثر للوفاء، فيشترط إذن أن يكون الكفيل قد قام فعلا بالوفاء، ويجب أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل.

١- يشترط لكى يحل الكفيل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين أن يكون **وفى الدين فعلا**. ولكن مما تبغى الاشارة اليه هو أن كيفية الوفاء لا تهم، فقد يقضى الكفيل الدين بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل، أو بتجديد الدين بتغيير الدين، أو قضى الدين بطريق المقاصة، وفى كل هذه الأحوال يحل الكفيل محل الدائن بمجرد انقضاء الدين.[4] ويترتب على ذلك انه إذا لم يف الكفيل الدين أو يقضيه بسبب يقوم مقام الوفاء، كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فان هذا لا يعتبر وفاء للدين ولا يحل الكفيل محل الدائن.[5]

والكفيل لا يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين **الا بالقدر الذى دفعه**. فإذا وفى الكفيل جزءا من الدين، سواء كان ذلك الجزء هو كل ما ضمنه أم بعض الدين الذى ضمنه كله، فان حلوله محل الدائن فى حقوقه لا يكون الا بنسبة ما

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص١٨٣.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٦٦ ص١٨١.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص١٨٣. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٦ ص١٨١. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص١٠٤. - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص١٢٣.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١١، ص١٨٣. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص١٨٤.

(٥) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٨٤.

دفع. ولكن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول **الا بعد أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا**، سواء أكان ذلك من الكفيل وحده أو من الكفيل ومن غيره. وذلك لأن من قواعد الوفاء مع الحلول الا يضار الدائن بحلول الموفى محله (م ١/٣٣٠ مدنى)[1]. وهذا أيضا ما قررته المادة ٧٩٩ بنصها على أنه «إذا لم يوف (الكفيل) الا بعض الدين، فلا يرجع بما وفه الا بعد أن يستوفى الدائن حقه من المدين». والحكمة من ذلك، انه إذا سمحنا للكفيل بالرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن حقه كاملا، فان هذا الاخير قد يضار بهذا الرجوع وذلك نتيجة لما قد ينشأ من مزاحمة الكفيل له فى رجوعه بالباقى من دينه قبل المدين.

ولكن الحكم الذى تقرره هذه المواد مقرر لمصلحة الدائن، ولا يتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز الاتفاق على خلافه بأن يسمح للكفيل بالرجوع بدعوى الحلول حتى ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه كاملا.[2]

٢- يجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله. وعلى ذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن قبل حلول الاجل الأصلى فانه لا يستطيع أن يرجع بدعوى الحلول على المدين الا عند حلول هذا الاجل. وقد يتعرض الكفيل فى هذه الحالة إلى فقد حقه فى الرجوع بهذه الدعوى «إذا كان الدين قد انقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الاجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين.[3]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١١ ص١٨٣.

(٢) أنظر م ٣٣٠ مدني. - وانظر أيضا: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١١، ص١٨٤ و١٨٥ هامش (٢). - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٧٧ و٧٨. - وانظر في تفصيل ذلك: السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص١٩٠ و١٩١.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥، ص٥٤٤ و٥٤٥. - وانظر أيضا: السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص١٨٤.

ثالثا - موضوع دعوى الحلول:

وكما يستفاد من اسمها، فان الكفيل يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٧٩٩ مدنى بقولها انه: «إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين...». وبالرجوع إلى القواعد العامة فى الوفاء مع الحلول نجد أن المادة ٣٢٩ مدنى قد نصت على أن: «من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن».

ونخلص من هذه النصوص أن موضوع دعوى الحلول يكون على النحو التالى:

١- ان الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص وبما يلحقه من توابع. فإذا كان حق الدائن تجاريا فان الكفيل يحل محله فى هذا الحق بهذه الصفة. وعلى ذلك فان الكفيل يستفيد من هذه الصفة فى الرجوع على المدين، وهذه الفائدة تظهر بوضوح فيما يتعلق بالأحكام الخاصة والتى تتعلق بالاختصاص والاثبات والفوائد. وإذا كان حق الدائن يسقط بنوع معين من التقادم، سرى هذا التقادم فى مواجهة الكفيل، ويحتسب بالاضافة إلى ذلك المدة التى سبق سريانها فى مواجهة الدائن. وإذا كان حق الدائن بسند تنفيذى، كأن يكون ثابتا بحكم أو بعقد رسمى، فانه يحق للكفيل أن يستعمل هذا السند التنفيذى ضد المدين، ويستطيع الكفيل أيضا أن يحل محل الدائن فى الاجراءات القضائية التى يباشرها الدائن فى مواجهة المدين بالحالة التى وجدها عليها دون حاجة إلى تجديدها[1]. ومن ناحية توابع الحق فانه إذا كان هناك شرط جزائى استفاد الكفيل كما كان يستفيد منه الدائن[2]. وإذا كان الدين منتجا لفوائد معينة وبسعر معين ف

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٨، ص١٨٧.
(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٨، ص١٨٧.

الكفيل يستفيد من هذه الفوائد بالسعر المتفق عليه. وإذا لم يكن أصل الدين منتجا لفوائد فلا يحق للكفيل أن يطالب بها الا من وقت المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة (م٢٢٦ مدنى).

٢- وأن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بما يكفله من تأمينات. وعلى هذا فان جميع التأمينات التى كانت تضمن للدائن الوفاء بدينه تنتقل إلى الكفيل لتضمن له رجوعه بما دفع على المدين. والعبرة هنا بالتأمينات الموجودة وقت قيام الكفيل بالوفاء، وبالحالة التى كانت عليها وقت هذا الوفاء. فالرهن ينتقل بمرتبته، ولا يحتاج الكفيل إلى اتفاق خاص مع الدائن لاحلاله محله فى هذه التأمينات. ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبته اضرارا بحق الكفيل الذى حل محله فى هذا الرهن.[1] ويستوى أن يكون مصدر هذه التأمينات الاتفاق أو القضاء أو القانون. فعلى ذلك فان الكفيل يحل محل الدائن فى الرهن الرسمى والحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز. ويستوى أن تكون هذه التأمينات عينية أو شخصية. وسوف نرى كيف يرجع الكفيل على الكفلاء الآخرين وكذلك كيف يرجع على المدينين فى حالة تعددهم مع تضامنهم.

٣- أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه، بما يرد على هذا الحق من دفوع. وعلى ذلك فان المدين يستطيع أن يحتج فى مواجهة الكفيل بكل الدفوع التى كانت له قبل المدين. فإذا كان دين الدائن قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء فان المدين يستطيع أن يدفع بذلك فى مواجهة الكفيل. وإذا كان حق الدائن مصدره عقد باطل أو قابل للابطال جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع فى مواجهة الكفيل كما كان له ذلك تجاه الدائن.

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٨، ص١٨٧.

مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول:

يتضح مما سبق أن أمام الكفيل، إذا ما قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن، طريقين للرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ودعوى الحلول. وقد تبين لنا من خلال العرض السابق لكل من الدعويين الفارق بينهما، ولكن يحسن بنا أن نجمل هذه الفوارق فيما يلي:

(أ) فيما يتعلق بالكفلاء الذين لهم الحق في الرجوع بكل من الدعوين:

نجد أنه بالنسبة لدعوى الحلول يستطيع كل الكفلاء الرجوع على المدين بهذه الدعوى، لأن الحلول أثر للوفاء، ويستوى أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بغير علمه أو برغم معارضته، ويستوى أن تكون الكفالة تمت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن وحده. أما بالنسبة للدعوى الشخصية فان الكفلاء الذين لهم الحق بالرجوع على المدين لهذه الدعوى يشترط بشأنهم أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين ودون معارضته منه، أو بغير علمه. وأن تكون الكفالة قد تمت لصالح المدين أو لصالح المدين والدائن معا. وعلى ذلك فان الكفيل الذى يكون كفالته قد تمت رغم معارضته المدين، أو تمت لصالح الدائن وحده ودون أو يراعى فيها صالح المدين لا يستطيع الرجوع بالدعوى الشخصية وإنما يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب على النحو السابق بيانه.

(ب) فيما يتعلق بشروط كل من الدعوين:

فان هناك شروط يجب توافرها في كل من الدعويين. ومن هذه الشروط ضرورة وفاء الكفيل بالدين المكفول للدائن وأن يكون هذا الوفاء قد تم عند حلول الأجل الأصلى. ولكن وجه الأختلاف هو أنه بالنسبة للدعوى الشخصية لا يشترط أن يكون الدائن قد استوفى دينه كاملا. وعلى ذلك فان الكفيل يستطيع الرجوع بهذه الدعوى ولو كان الوفاء جزئيا، وله فى هذه الحالة أن يزاحم الدائن عند رجوعه على المدين بباقى الدين، ويتساوى معه فى استيفاء حقه من المدين، ما لم يكن هناك سبب خاص لامتياز الدائن.

أما بالنسبة لدعوى الحلول فان الكفيل لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه

الدعوى الا إذا استوفى الدائن حقه كاملا. كما لا يشترط بالنسبة لدعوى الحلول اخطار الكفيل للمدين بعزمه على الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء. ولكن يستطيع المدين دائما أن يدفع فى مواجهة الكفيل بكل الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة أو انقضاء الدين والتى كانت ثابتة له فى مواجهة الدائن. ولكن لا يجوز للمدين ذلك إذا كان رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية وكان الكفيل قد أخطره بعزمه على الوفاء ولم يبد اعتراضا على ذلك فى وقت معقول.

(جـ) بالنسبة لموضوع كل من الدعويين:

بالنسبة لدعوى الحلول فان الكفيل يحل محل الدائن فيما له من حقوق قبل المدين. وان الكفيل يحل محله فى حقه بما لهذا الحق من صفات وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات. فقد يستفيد من هذه الصفات كأن يكون الدين تجاريا أو ثابتا فى سند رسمى. وقد يضار من ذلك إذا كان هذا الدين يسقط بنوع قصير من التقادم، أو تكون المدة التى سرت فى مواجهة الدائن مدة طويلة بحيث لم يبق للكفيل الا مدة قصيرة وينقضى بعدها الدين.

أما بالنسبة للدعوى الشخصية فان مدة التقادم لا تبدأ الا من وقت الوفاء بالدين للدائن، لأن من هذا التاريخ فقط ينشأ حق الكفيل.

وبالنسبة للفوائد فان الكفيل لا يستطيع أن يرجع بها على المدين بدعوى الحلول، الا إذا كان الدين منتجا لها، فان لم يكن فانه ليس له حق الا فى الفوائد القانونية محسوبة من وقت المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة (م٢٢٦ مدنى).

أما بالنسبة للدعوى الشخصية فان الكفيل يستحق الفوائد القانونية على كل ما دفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع وذلك خلافا للقواعد العامة.

أما بالنسبة للتأمينات، فان الكفيل يستفيد منها فى حالة رجوعه بدعوى الحلول، لأنه يحل محل الدائن فى حقه وبما يكفله من تأمينات، أما إذا رجع بالدعوى الشخصية فان الكفيل لا يستفيد من هذه التأمينات لأنه يرجع بدعوى خاصة ومستقلة عن حق الدائن.

وبالنسبة للدعوى الشخصية فان الكفيل يرجع على المدين بكل ما أداه لاخلاء ذمته، وبالمصروفات التى انفقها في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه من المصروفات للدائن، وبالتعويض فى حالة ما إذا اصابه من ضرر من الوفاء نتيجة لسوء نية المدين.

المطلب الثالث

رجوع الكفيل وتعدد المدينين

كانت دراستنا السابقة مبنية على فرض بسيط، وهو أنه لا يوجد الا مدينا واحدا،، وأن الرجوع لا يكون الا فى مواجهة شخص واحد، ولكن قد يحدث أن يتعدد المدينون فى نفس الدين، وقد يكفلهم الكفيل جميعاً أو قد يكفل بعضهم. وفى كلتا الحالتين قد يكون المدينون متضامنين أو غير متضامنين. ونعرض لهذه الفروض فيما يلى:

أولا - تعدد المدينين مع عدم تضامنهم:

إذا كان المدينون غير متضامنين وتدخل الكفيل ليضمنهم جميعا ثم وفى بالدين، فانه عند رجوعه عليهم، فانه يرجع على كل مدين بقدر نصيبه فى الدين. وسواء كان هذا الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

إما إذا كان المدينون غير متضامنين، وقد كفل الكفيل بعضهم فقط، فانه لا يرجع الا على من كفله منهم وفى حدود نصيبه فى الدين. ولا يجوز له الرجوع على غير هذا المدين مالم يكن قد دفع ما يزيد عن نصيب المدينين الذين كفلهم وترتب على ذلك براءة ذمة مدينين آخرين لم يكفلهم، فانه يكون له حق الرجوع على هؤلاء المدينين بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة (م٣٢٤ مدنى).

ثانيا - تعدد المدينين وتضامنهم:

وهذا هو الفرض الذى تعرضت له المادة ٨٠١ مدنى بنصها على أنه: «إذا

تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين، فالكفيل الذى ضمنهم جميعا أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين». (م ٢٠٣٠ مدنى فرنسى)

وعلى ذلك فإذا كان هناك مدينون متضامنون فى دين واحد وضمنهم الكفيل جميعا، وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن، فانه يرجع على أى من المدينين المتضامنين، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية، إذا توافرت شروطها، فانه يرجع بما وفاه للدائن، أى بكل الدين على أى من المديين المتضامنين، وذلك طبقا لقواعد التضامن فيما بين المدينين. ويضاف إلى ذلك ما يرجع به الكفيل من فوائد قانونية ومصروفات وتعويض... وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول فانه يرجع بنفس حق الدائن الذى وفاء حقه، وبما لهذا الحق من أوصاف. فإذا كان الدائن يستطيع أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين فانه يحق ذلك أيضا للكفيل لأنه يحل محل الدائن فى حقه قبل المدينين المتضامنين.

- أما إذا كان المدينون متضامنين ولكن الكفيل تقدم ليضمن بعضهم وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن، فانه لا يستطيع أن يرجع الا على المدينين الذين كفلهم، ويمكنه أن يرجع على أى مدين منهم بكل الدين الذى وفاه، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. ولكن لنا أن نتساءل هل يجوز للكفيل أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم؟ وإذا كان يجوز له ذلك، فبأى دعوى وفى أى حدود يمكن أن يرجع عليهم؟

طبقا للقواعد العامة يستطيع الكفيل، بعد قيامه بالوفاء بالدين. أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بدعوى مدينه الذى ضمنه أى بالدعوى غير المباشرة، وهو يرجع عليهم فى هذه الحالة بحصة المدين الذى يرجع عليه ونصيب هذا الأخير فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين، وذلك طبقا لقواعد التضامن وله أيضا أن يرجع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب. ولكنه لم يرجع فى هذه الدعوى الا بقدر اثراء هذا المدين والذى لم يستفد الا بقدر حصته فى الدين ونصيبه فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين. ويستطيع المدين المتضامن الذى

يرجع عليه أن يحتج فى مواجهته بالدفوع التى كان يمكن أن يحتج بها على المدين المتضامن الذى ضمنه الكفيل، كما لو برئت ذمة المدين المتضامن الذى يرجع عليه الكفيل.[1]

ولكن لا يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين المتضامن الذى لم يكفله بدعوى الكفالة، أى بالدعوى الشخصية، لأن هذه الدعوى خاصة بالعلاقة فيما بين الكفيل والمدين الذى كفله.

ولكن هل يجوز لهذا الكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الحلول محل الدائن. وما مدى هذا الرجوع؟

من المستقر عليه اليوم فقها وقضاء أن للكفيل أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين والذين لم يكفلهم بدعوى الحلول محل الدائن. وذلك لان الكفيل عندما قام بالوفاء بالدين قد حل محل الدائن طبقا لنص المادتين ٣٢٦ و٧٩٩ مدنى، وهو يرجع بنفس حق الدائن وبما يلحقه من ضمانات، ومن بين هذه الضمانات التضامن بين المدينين – ولذلك يجوز له أن يستفيد من ذلك ويرجع على أى من المدينين المتضامنين ليطالبه بالدين كله ولو لم يكن كفل هذا المدين.[2]

وعلى ذلك فان الكفيل يستطيع أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله ويطالبه بدعوى الحلول بالدين كله وليس بقدر نصيبه فقط.[3]

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٣، ص١٩٦.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٢٣ ص١٩٧ وما بعدها.

- السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص١٩٨. – منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٧ ص١١٢. – سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٢٨ ص١٤٣ و١٤٤. – سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص١٢٥ و١٢٦. – توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٨٣ و٨٤. – أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص٨٧. – محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص١٣٩.

(٣) انظر عكس ذلك:

- محمد كامل مرسي، المرجع السابق. فقرة ١١٦ ص١٦٧.
- محمد علي أمام، المرجع السابق، فقرة ٨٨.

المبحث الثالث

العلاقة فيما بين الكفيل وغيره من الكفلاء

إذا ما قام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين فانه يكون له حق الرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وقد يكون له أيضا الرجوع على غيره من الكفلاء وذلك فى حالة تعددهم. وتختلف أحكام هذا الرجوع عن رجوع الكفيل على المدين، وخاصة من ناحية الدعوى التى يرجع بها على غيره من الكفلاء، فانه لا يحق للكفيل أن يرجع على غيره من الكفلاء بالدعوى الشخصية. لأن هذه الدعوى مقررة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين فقط. ولكن يتسطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة. كما أن مدى الرجوع لهذا الكفيل على غيره من الكفلاء، يختلف فيما إذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين أم غير متضامنين.

أولا – تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم:

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد، أو بعقود متتالية واحتفظ كل منهم بحق التقسيم، فالأصل أن الدين ينقسم بينهم. ولا يلتزم كل منهم الا بنصيبه من الدين، وأن اعسار أحدهم لا يتحمله غيره من الكفلاء، وانما الدائن هو الذى يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم. وفى هذه الحالة قد اتخذ من وحدة العقد دليلا على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بين الكفلاد المتعددين بقوة القانون.[1]

وإذا وفى احد هؤلاء الكفلاء بنصيبه، فانه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشئ. ولكن إذا ما وفى الدين كله رغم عدم التزامه بذلك، فانه لا يكون له الحق فى الرجوع على غيره من الكفلاء الا بدعوى الاثراء بلا سبب وذلك طبقا للقواعد العامة. ويتحدد مدى هذا الرجوع بقدر نصيب كل كفيل من الدين، لأن

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٧٦ ص٢٠٦.

هذا هو القدر الذى أثرى به، ولا يستطيع الكفيل الموفى أن يطالب الآخرين بنصيبهم فى حصة المعسر منهم إن وجد، ولكن الذى يتحمل نصيب الكفيل المعسر هو الكفيل الموفى.

وفى هذه الحالة لا يكون للكفيل الحق فى الرجوع الا بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة، وبالتالى لا يكون له الحق فى الدعوى الشخصية لأنها مقررة لعلاقة فيما بين الكفيل والمدين. كما ليس له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزم بالوفاء عنهم ولا معهم حتى يستطيع أن يحل محل الدائن فى الرجوع عليهم (م٣٢٦ مدنى).

ثانيا - تعدد الكفلاء مع التزام كل منهم بالدين كله:

وهذه الحالة تشمل فرضين، الأول أن يتعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ويكونوا متضامنين، أو يكون هناك كفلاء قد التزموا بعقود متوالية ولم يحتفظ أى منهم لنفسه بحق التقسيم. فيكون كل واحد منهم مسئولا عن الدين كله (م ٧٩٢ مدنى).

وعلى ذلك، فانه طبقا للقواعد العامة، يكون للكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء، إذا وفى الدين كله. أن يرجع على أى منهم بدعوى الاثراء بلا سبب. ولما كانت هذه الدعوى لا تعطى هذا الكفيل حقا فى الرجوع على غيره من الكفلاء الا بقدر ما أثرى به، والكفيل لا يثرى الا بقدر ما برئت ذمته فى مواجهة الدائن نتيجة لهذا الوفاء. ولما كانت ذمة أى كفيل متضامن لا تبرأ، فى علاقته مع غيره من الكفلاء المتضامنين، الا بقدر نصيبه وحصته فى نصيب المعسر من الكفلاء المتضامنين، فعلى ذلك يكون للكفيل الذى أوفى الدين كله أن يرجع على أى منهم بهذا القدر بشرط أن يكون قد ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة الكفيل الذى يرجع عليه. فإذا كان التزام هذا الكفيل قد انقضى من قبل لأى سبب من أسباب الانقضاء كالتقادم أو الابراء من الكفالة، فانه لا يكون للكفيل الذى وفى بالدين كله الرجوع على هذا الكفيل بأى شئ.

ويكون أيضا للكفيل المتضامن الذى وفى بالدين كله أن يرجع على أى من الكفلاء المتضامنين بمقتضى دعوى الحلول. وحيث أن الكفيل المتضامن والذى وفى الدين كله يحل محل الدائن فى الرجوع على غيره من الكفلاء المتضامنين. وبالتالى يحق له، طبقا لمنطق هذه الدعوى، أن يرجع على أى منهم بالدين كله. ولكن التسليم بهذا المنطق سوف يؤدى إلى الوقوع فى حلقة مفرغة، لأن إذا ما رجع هذا الكفيل بالدين كله على أحد الكفلاء المتضامنين، فان لهذا الأخير أن يرجع أيضا على أى من الكفلاء المتضامنين ليطالبه بالدين كله. وهكذا يستمر الأمر دون أن يقف عند حد. ولكن إذا نظرنا إلى حقيقة الوضع سوف نجد أن الكفلاء المتضامنين متساوين فى المسئولية فى مواجهة الدائن، لكن فى العلاقة فيما بينهم فـ الذى يوفى بالدين كله ليس له أن يرجع على غيره من الكفلاء المتضامنين معه إلا بنصيبه فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم كما يقضى بذلك منطق التضامن. وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ٢٩٧ مدنى والخاصة بالمدينين المتضامنين بقوله أنه:

١ - «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

٢ - «وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

وقد بينت المادة ٢٩٨ مدنى مسئولية المدينين المتضامنين عن حصة المدين المعسر منهم بقولها:

١ - «إذا اعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين، وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

وقد جاء المشرع بحكم مماثل كذلك بصدد تعدد الكفلاء المتضامنين بنفس الدين والمتضامنين فيما بينهم فى المادة ٧٩٦ مدنى وذلك بنصه على أنه: «إذا كان

الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى احدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم؟.

وتنطبق نفس هذه الأحكام على الفرض الثانى، والذى يتعلق بالتزام الكفلاء بعقود متوالية مع عدم احتفاظ أى منهم لنفسه بحق التقسيم وذلك لاتحاد العلة فى الحالتين. وعلى ذلك فانه يكون للكفيل الذى وفى بالدين كله أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الاثراء بلا سبب، وذلك بقدر ما أثرى. وهو القدر الذى برئت به ذمته ى مواجهة الدائن. وهذا القدر يكون حصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم. ويكون له أيضا أن يرجع بدعوى الحلول وذلك بنفس القدر شأنه فى ذلك شأن الكفيل المتضامن.[1]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٢٨ ص٢٠٤.

- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٨٧.

وقارن: السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٧٧ ص٢٠٢ و٢٠٣. - ومحمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٧٠ ص١٤٠ حيث يعتقدان أن هذه الحالة ليست الا تطبيقا لفكرة المسئولية على سبيل التضامم. وانظر الفارق بين التضامن والتضامم: السنهوري، نفس المرجع السابق، وبصفة خاصة ص٢٠٢. ومؤلفنا في التضامم ومبدأ عدم إفتراض التضامن، منشأة المعارف ١٩٨٧.

الفصل الرابع
انقضاء الكفالة

قد سبق أن رأينا أن الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلى، إذ هى تقوم على ضمان الوفاء به. وعلى ذلك فهى تتبع هذا الالتزام فى الوجود والانقضاء والصحة والبطلان. ولذلك تنقضى بانقضاء الالتزام الأصلى. كما أن هناك أسباب أخرى تؤدى إلى براءة ذمة الكفيل ودون أن يترتب على ذلك انقضاء للالتزام الأصلى. وندرس فيما يلى أسباب انقضاء الكفالة.

المبحث الأول

انقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلى

وهذا المبحث ليس الا تطبيقا للمبادئ العامة، حيث أن الالتزام المكفول ينقضى بسبب من أسباب الانقضاء العامة الواردة فى التقنين المدنى. وحيث أنه إذا انقضى الالتزام الأصلى المكفول الذى يرتكز عليه التزام الكفيل فيجب أن ينقضى هذا الأخير بالتبعية، لأن الفرع يتبع الأصل، وأن التابع يتبع المتبوع. وهذا نتيجة حتمية لطبيعة التزام الكفيل حيث أن محل هذا الالتزام هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلى، فإذا انقضى هذا الأخير، أصبح التزام الكفيل بغير محل، ومن ثم ينقضى بدوره.[1]

وقد أكد المشرع هذا المعنى فى نص المادة ١/٧٨٢ بقوله: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين». وسوف نعرض لأسباب انقضاء الالتزام المكفول بنفس الطريقة التى عرض لها المشرع فى التقنين المدنى بصدد انقضاء الالتزام. فندرس فى مطلب أول انقضاء الالتزام

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٤ ص٢١٣.

الأصلى بالوفاء، وفى مطلب ثان انقضاء الالتزام الاصلى بما يعادل الوفاء، وهنا نعرض للوفاء بمقابل، والتجديد والانابة، والمقاصة ثم أخيرا اتحاد الذمة، وفى المطلب الثالث ندرس فيه انقضاء الالتزام الأصلى دون وفاء، وندرس هنا الابراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم.

المطلب الأول

انقضاء الالتزام الأصلى بالوفاء

أول ما يمكن أن نتوقعه هنا هو أن يقوم المدين الأصلى بالوفاء بالدين، فيقضى التزامه الأصلى وينقضى تبعا لذلك التزام الكفيل. وإذا حدث أن أوفى المدين بجزء من الدين فان براءة ذمة الكفيل لا يكون الا فى هذه الحدود، أى بمقدار ما وفاه المدين. لكن يجب فى جميع الأحوال أن يكون وفاء المدين للدين الأصلى صحيحا، بأن يكون الموفى مالكا للشئ الذى وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف. على أنه اذا كان الوفاء بالشئ المستحق قد تم ممن ليس أهلا للتصرف فيه، فان الالتزام مع ذلك ينقضى بهذا الوفاء إذا لم يلحق هذا الوفاء ضررا بالموفى (م٣٢٥ مدنى).

وعلى ذلك فاذا كان الوفاء باطلا، كأن صدر من شخص غير ذى أهلية للتصرف فى الشئ الموفى به أو لحق الموفى ضرر من جراء وفائه فى حالة ما إذا كان ليس أهلا للتصرف فى الشئ المستحق، فانه لا يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلى وبالتالى يبقى هذا الالتزام مضمونا بتأميناته ومنها بطبيعة الحال الكفالة.

وطبقا للقواعد العامة فان العرض الحقيقى يقوم بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء بشرط أن يتلوه ايداع الدين أو أى اجراء يماثله، وأن يقبل الدائن ذلك أو يصدر حكم نهائى بصحته (م٣٣٩ مدنى).

فإذا ما توافرت هذه الشروط فانه يترتب على العرض الحقيقى براءة ذمة المدين

وبالتالى تبرأ ذمة الكفيل بالتبعية لذلك. ومع ذلك قد أجاز المشرع للمدين أن يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم بصحته. فاذا حدث ذلك فانه لا تبرأ ذمة المدين وبالتالى تبقى الكفالة قائمة لضمان هذا الدين كما كانت من قبل (م٣٤٠/١ مدنى). ولكن من المتصور أن يرجع المدين فى العرض الحقيقى بعد قبول الدائن له أو بعد صدور حكم بصحته، ففى هذه الحالة فان الأمر يتوقف على قبول الدائن لهذا الرجوع. فاذا ما قبل ذلك، فان هذا الدائن لا يحق له أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ بالتالى ذمة الضامنين، ومن بين هؤلاء بطبيعة الحال الكفيل، فتبرأ ذمته (م٣٤٠/٢ مدنى).[1]

على أنه قد يحدث أن يكون هناك وفاء بالدين المكفول ومع ذلك لا ينقضى هذا الدين، ويبقى التزام الكفيل قائما منتجا لآثاره، وذلك فى حالة ما إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن وكان لهذا الغير حق الحلول محل الدائن، اتفاقا أو قانونا، وذلك طبقا لقواعد الحلول التى تقضى بأن من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع...» (م٣٢٩ مدنى). وينطبق نفس هذا الحكم فى حالة حوالة الحق، لأنه لا يترتب على هذه الحوالة انقضاء الحق، ولكن انتقاله من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد، هو المحال إليه، ومن ثم يبقى الكفيل ضامنا للوفاء به فى مواجهة هذا الأخير (م٣٠٧ مدنى). ولكن فى حالة حوالة الدين بالرغم من عدم انقضاء الدين بهذه الحوالة، فان الكفالة لا تبقى قائمة، لأنه ترتب عليها تغيير شخص المدين، ما لم يرتضى الكفيل ذلك (م٣٢٨). حيث أن الكفالة قوامها الثقة الموجودة بين الكفيل والمدين الأصلى، فإذا ما تغير هذا المدين يجب أن يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل ما لم يرض بالحوالة.

وإذا تعددت الديون التى للدائن فى ذمة المدين، وكانت من جنس واحد، النقود مثلا، وقد كان الكفيل قد قام على ضمان بعضها، وكان وفاء المدين غير

---

(١) أنظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام السابق الاشارة إليه ص٣٧٥.

كاف للوفاء بها، فان القاعدة العامة تقضى بأن المدين هو الذى يعين الدين الذى يريد الوفاء به، سواء أكان الدين المكفول أو غيره (م٣٤٤ مدنى). فإذا لم يعين المدين الدين، فان الخصم يكون من حساب الدين الذى حل، سواء أكان هو الدين المكفول أم غيره. فاذا تعددت الديون الحالة، وكان الدين المكفول منها، فان الخصم يكون من حساب الدين الأشد كلفة على المدين (م٣٤٥ مدنى)، أى الدين المكفول، حيث أن هذا الدين هو أكثر هذه الديون كلفة على المدين.[1]

وإذا كانت الكفالة محددة، بأن قام الكفيل بضمان جزء فقط من دين المدين، وقام المدين بوفاء جزء من الدين وقبل الدائن ذلك، فانه يجب فى تقديرنا أن يستنزل هذا الجزء المدفوع من جانب المدين من الجزء المضمون بالكفالة، على أساس أن هذا الدين أكثر كلفة على المدين، كما أنه إذا كان هناك شك فى بيان كيفية استنزال المدفوع فيجب أن نفسر هذا الشك لمصلحة الكفيل.[2]

المطلب الثانى

انقضاء الالتزام الاصلى بما يعادل الوفاء

وهنا نجد أن التقنين المدنى قد عرض لأربع أسباب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء: الوفاء بمقابل، التجديد والانابة، والمقاصة، واتحاد الذمة.

أولا – الوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل يفترض أن المدين قد قدم للدائن عوضا عن محل الدين

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية، جزء ٢ ص٥٨٨. وعبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٥ ص٢١٥ و٢١٦. وسمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص١٠٢.

(٢) أنظر في تفصيل ذلك:

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٥ ص٢١٦.

وانظر أيضا: سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص١٠٢.

الأصلى، وأن هذا الدائن قد قبل هذا العوض كمقابل للشئ المستحق، فان ذلك يقوم مقام الوفاء وينقضى به الدين (م٣٥٠ مدنى).

وإذا كان المدين قد قام بنقل ملكية شئ إلى الدائن كمقابل للدين الذى يلتزم به فى مواجهته، فان ذلك يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين الأصلى، وتبرأ بالتالى ذمة الكفيل وينقضى التزامه بطريق تبعى. وتسرى فى هذه الحالة أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية. ويسرى عليه من حيث انه يقضى الدين أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع او انقضاء التأمينات (م ٣٥١ مدنى).

وعلى ذلك فان الوفاء بمقابل يعتبر تجديدا ووفاء فى نفس الوقت، ففى الوقت الذى قبل فيه الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق يكون قد قام بتجديد الدين القديم بتغيير محله، ويترتب على ذلك انقضائه وانقضاء تأميناته تبعا لذلك، ومن بينها بطبيعة الحال الكفالة، وينشأ دين جديد ينقضى فى نفس الوقت بنقل ملكية الشئ الذى أعطى فى مقابل الدين. وتسرى فى هذه الحالة أحكام البيع السابق الاشارة اليها وتسرى عليه أيضا أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين (م٣٥ مدنى).

إذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال بسبب عيب فى الرضا أو نقص فى الاهلية وحكم بابطاله، فان البيع يعتبر كأن لم يكن ويبقى الدين قائما، وتبقى أيضا الكفالة ضامنة له. لكن فى حالة استحقاق المقابل، فان الدائن سوف يرجع على المدين بضمان الاستحقاق، ولكنه لا يستطيع أن يرجع على الكفيل بشئ، حيث أن ذمته قد برئت نهائيا بالوفاء بمقابل الذى تم صحيحا، هذا ما لم يكن المقابل مملوكا للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلى قد أعطى هذا المقابل للدائن،[1]

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٨٦ ص٢١٨. - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٦ ص٢١٨ وما بعدها.

فانه فى هذه الحالة لا يستطيع أن جمع بين براءة ذمته واسترداده المقابل فى نفس الوقت – هذا المقابل الذى كان سببا فى براءة ذمته.

والغالب أن المدين هو الذى يقدم شيئا مملوكا له فى مقابل الدين. أما إذا كان الذى قدم المقابل هو الكفيل، واستحق المقابل، لم تبرأ ذمة هذا الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق. وذلك طبقا للقواعد العامة.

أما فى حالة ما اذا قدم المدين أو الغير (غير الكفيل) المقابل للدائن، فانه فى هذه الحالة ينقضى الدين الأصلى وأيضا تنقضى الكفالة، ولو استحق المقابل المدفوع من المدين أو من الغير، فان الكفالة لا تعود لان الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائيا وأن للدائن أن يرجع على المدين أو على الغير بضمان الاستحقاق وهذا ما قصدته المادة ٧٨٣ مدنى بنصها أنه «إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء».[٢]

ثانيا – التجديد والانابة:

يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى وتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م١/٣٥٦ مدنى). ويترتب على انقضاء الالتزام القديم بالتحديد انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به، فهذه التأمينات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد الا بنص فى القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (م٢/٣٥٦ مدنى). ومع ذلك فانه «لا تنتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة، عينية كانت أو شخصية، ولا التضامن، الا إذا رضى بذلك الكفلاء أو المدينون المتضامنون (م٣٥٨ مدنى).

ويتبين لنا مما سبق أن تجديد الالتزام الاصلى المكفول يودى إلى انقضائه ونشوء التزام جديد مكانه وينقضى تبعا لذلك الكفالة التى كانت ضامنة له ما لم

(١) انظر في تفضيل ذلك: السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٨٦ ص٢١٩. – عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٦ ص٢١٨ وما بعدها.

يرض الكفيل بضمان الالتزام الجديد.[1] وينقضى الدين المكفول بالتجديد، إذا جدد المدين الأصلى دينه بتغيير الدائن أو بتغيير المدين، أو بتغيير الدين فى محله أو مصدره (م٣٥٢).

ولكى يرتب التجديد آثاره، من بينها انقضاء الكفالة، فانه يجب أن يستجمع عناصر صحته. فيجب أن يكون كل من الالتزام القديم والالتزام الجديد قد خلا من أسباب البطلان (م١/٣٥٣ مدنى)، كما أنه يجب أن تكون نية التجديد واضحة، بأن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف حيث أن التجديد لا يفترض (م٣٤٥ /١). وعلى ذلك لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره (م٢/٣٥٤ مدنى).

والانابة التى يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول هى الانابة الكاملة. والتى يتفق فيها على أن ينقضى التزام المدين (وهو المنيب) ليحل محله التزام جديد (وهو المناب) فى مواجهة الدائن (وهو المناب لديه)، ففى هذه الحالة تكون الانابة بتجديد الالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا ولا يكون معسرا وقت الانابة (م١/٣٦٠). وكما سبق أن رأينا أنه يترتب على ذلك انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام، ومن بينها الكفالة، فتبرأ ذمة الكفيل فى مواجهة الدائن، ما لم يرد كفالة المدين الجديد. والأصل فى الانابة انها لا تتضمن تجديدا للالتزام وبالتالى لا يترتب عليها انقضائه، وتبقى بذلك التأمينات قائمة على ضمانه، ومن بينها الكفالة، وهذه تسمى بالانابة الناقصة، حيث يقوم التزام المناب بجانب التزام المنيب، ويصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد. وفى الانابة الناقصة لا يستطيع المناب أن يتمسك فى

---

(١) Mazeaud, op. cit., no. 22, p. 28.

مواجهة المناب لديه بأى دفع يحق له أن يتمسك به فى مواجهة المنيب. وقد نصت المادة ٣٦١ على ذلك بقولها: «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

ثالثا – المقاصة:

إذا أصبح المدين المكفول، دائنا للدائن، وتوافرت شروط المقاصة المنصوص عليها فى المادة ٣٦٢ مدنى، انقضى الالتزام المكفول بقدر الالتزام الذى ترتب فى ذمة الدائن، وانقضى التزام الكفيل بالتبعية بالنسبة لهذا القدر المنقضى من الالتزام المكفول. ولا تقع المقاصة الا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها (م٣٦٥/١) وعلى ذلك إذا تمسك بها المدين صاحب المصلحة فى ذلك فانها ترتب أثرها منذ الوقت الذى يصبح فيه الالتزامان صالحين للمقاصة (م٣٦٥/٢ مدنى). والكفيل أيضا يعتبر صاحب مصلحة فى انقضاء الدين الأصلى بالمقاصة حيث أنه يترتب على ذلك انقضاء التزامه وبراءة ذمته فى مواجهة الدائن فانه يستطيع أن يتمسك بانقضاء الدين الأصلى بالمقاصة، حتى ولو كان متضامنا، حتى ولو لم يتمسك بها المدين، أو تنازل عنها. وذلك لأن المادة ١/٣٦٥ تجيز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالمقاصة. والكفيل ذو مصلحة واضحة فى ذلك. كما أن المادة ١/٧٨٢ تعطى للكفيل صراحة الحق فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين. وبطبيعة الحال من بين هذه الأوجه المقاصة.

رابعا – اتحاد الذمة:

ينقضى الالتزام إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة للدين الواحد، وبالقدر الذى اتحدت فيه الذمة. كأن يرث المدين الدائن، أو أن يوصى الدائن لمدينه بالدين، فان فى هذه الأحوال ينقضى الدين لاتحاد الذمة (م ١/٣٧٠

مدنى). ويترتب على انقضاء الالتزام الأصلى المكفول باتحاد الذمة انقضاء التزام الكفيل بالتبعية.

ولكن مما يجدر ذكره هنا أن اتحاد الذمة ليس فى حقيقته سببا من أسباب انقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين. وعلى ذلك إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، فان المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود، وتعود بالتالى التأمينات التى تضمنه، فإذا كان من بينها كفالة، فان التزام الكفيل يعود أيضا إلى الوجود، ويقوم على ضمان هذا الالتزام كما كان من قبل ومن قبيل ذلك أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق فى أن يرث الدائن، أو أن الوصية كانت باطلة.

المطلب الثالث

انقضاء الالتزام الأصلى دون وفاء

ينقضى الالتزام بدون وفاء فى ثلاثة حالات: الابراء، استحالة التنفيذ، والتقادم.

أولا - الابراء:

إذا أبرأ الدائن المدين من الدين، انقضى الالتزام (م٣٧١) وينقضى بالتبعية كذلك التزام الكفيل. ويشترط ليرتب الابراء آثاره ان يكون صحيحا. فيجب أن يكون الدائن قد ابرأ المدين مختارا، كما أن الابراء تصرف بالارادة المنفردة من جانب الدائن، وعلى ذلك فانه لا يتم الا إذا وصل إلى علم المدين ويرتد برده (م٣٧٣). كما أنه يسرى على الابراء الاحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع (م١/٣٧٢). ولكن لا يشترط فيه شكل خاص حتى ولو كان الالتزام موضوع الابراء يشترط فيه توافر شكل معين ينص فى القانون أو باتفاق الأطراف (م٢/٣٧٢ مدنى).

وعلى ذلك فانه إذا ابطل الابراء، اعتبر كأن لم يكن، وعاد الدين إلى الوجود،

وعادت معه كل التأمينات الضامنة له. فاذا كان من بين هذه التأمينات كفالة، عاد التزام الكفيل أيضا إلى الوجود.

ولا يعتبر من قبيل الابراء، الصلح الذى يعقده الدائن مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه، وذلك لعدم توافر نية التبرع للمدين، وانما قصد الدائن من وراء ذلك اتقاء خطر افلاس المدين والحصول على أى جزء من دينه. ويترتب على ذلك أن الكفيل يبقى ملتزما بالوفاء بكل الدين المكفول حتى ولو بالنسبة إلى الجزء الذى قد تم التصالح بشأنه (م٧٦١ من القانون التجارى الجديد). ولكن بالنسبة للكفيل: إذا وفى للدائن الجزء الذى تصالح عليه هذا الأخير على تركه للمفلس لا يجوز له الرجوع به على المدين، إذ لا يكون له قبله، بالنسبة لهذا الجزء، الا حق طبيعى.[1]

ثانيا - استحالة التنفيذ:

ينقضى الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه (م٣٧٣ مدنى). وعلى ذلك فاذا انقضى الالتزام المكفول لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبى، فان الكفالة تنقضى بالتبعية لذلك، وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين الأصلى.

وإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ من جانب المدين، فانه يترتب على ذلك مسئولية المدين عن عدم التنفيذ ويحكم عليه بالتعويض، وبذلك لا تبرأ ذمة المدين، وبالتالى لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلا للتعويض.[2]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص٢٢٥. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص٢٢٨. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص١٠٧.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٩١ ص٢٣٠.

ثالثا – التقادم:

إذا انقضى لالتزام الأصلى بالتقادم فان التزام الكفيل ينقضى بالتبعية لذلك، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به. ويكون انقضاء التزام الكفيل بالتبعية للالتزام الأصلى وليس انقضاء بصفة أصلية، حيث أن مدة التقادم الخاصة لم تكتمل بعد. وللكفيل أن يتمسك بتقادم الالتزام الأصلى، ولو لم يتمسك به المدين (م١/٣٨٧ مدنى). بل ولو تنازل عن التمسك بهذا الحق.[1]

المبحث الثانى

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

إذا كان التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى، وبالتالى فانه يبقى ببقائه صحيحا منتجا لآثاره، وينقضى لانقضائه، الا أن هذا الالتزام له مقوماته الخاصة وبالتالى شرائط صحة ووجود. ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل يمكن أن يكون باطلا أو صحيحا، ويمكن أن ينقضى بأسباب الانقضاء العامة مثله مثل أى التزام. بجانب ذلك فان الطبيعة الخاصة للالتزام الكفيل تقتضى نوعا من الحماية قد قررها المشرع واختص بها هذا الالتزام. ولذلك نعرض فى مطلب أول لانقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الانقضاء العامة، ثم فى مطلب ثان نعرض لأوجه الانقضاء الخاصة بالكفالة.

المطلب الأول

انقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الانقضاء العامة

حيث أن التزام الكفيل له ما لغيره من خصائص، فانه لذلك يمكن أن ينقضى بجميع الأسباب التى ينقضى بها الالتزامات عموما. وقد أكد هذا الحكم

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص٢٢٦. – السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص٢٣٢.

القانون الفرنسى فى مادته ٢٠٣٤ بقوله «الالتزام الناتج عن الكفالة، ينقضى بنفس الأسباب التى تنقضى بها الالتزامات الأخرى». أما المشرع المصرى لم ير مبررا لوضع مثل هذا النص، حيث أن حكمه ليس الا ترديدا وتأكيد للمبادئ العامة. وتطبيقه لا يثير أدنى خلاف لا فى الفقه ولا فى القضاء.

وعلى ذلك فان الكفالة تنقضى أولا بالوفاء الحاصل من الكفيل، ويترتب على هذا الوفاء انقضاء التزام الكفيل، وفى نفس الوقت انقضاء الدين المكفول. كما أنه يكون انقضاء التزام الكفيل بما يعادل الوفاء، وذلك إذا قدم الكفيل شيئا آخر مقابل للدين الأصلى وقبل الدائن ذلك. فهذا الوفاء بمقابل يؤدى أيضا إلى انقضاء التزام الكفيل وفى نفس الوقت الالتزام المكفول. لكن إذا لم يوف الكفيل الا بعض الدين، فلا تبرأ ذمته ولا ذمة مدينه الا بالقدر الذى وفاه.

كما ان التزام الكفيل ينقضى إذا ما تم تجديد هذا الالتزام بتغيير الكفيل، كأن يحل كفيل آخر محله، أو أن يحل محل التزام الكفيل ضمان آخر، كالرهن، أو أن يستبدل التزام الكفيل بالتزام أصلى أى أن يلتزم الكفيل على نفس درجة التزام المدين. وكل هذا يتم بالاتفاق بين الدائن والكفيل.

وتنقضى الكفالة كذلك بالمقاصة، إذا ما أصبح الكفيل دائنا للدائن، ولكن المقاصة لا تقع الا إذا كان الدائن قد أتم الاجراءات وتخطى العقبات التى وضعها أمامه المشرع فى مطالبة الكفيل أو التنفيذ على أمواله. وذلك لأن التزام الكفيل فى هذه الحالة لا يكون مستحق الأداء أو صالحا للمطالبة به قضاء، كما تشترط ذلك المادة ١/٣٦٢ مدنى. ومع ذلك فان الكفيل يستطيع، دون الدائن، أن يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة، لأنه يملك التنازل عن حقه فى التمسك بالدفوع التى قررها المشرع لحمايته، وبالتالى يعتبر التزامه صالحا للمقاصة. أما بالنسبة للمدين فانه لا يستطيع أن يتمسك بهذه المقاصة. حيث أن ليس له أى مصلحة فى ذلك. لكن إذا ما وقعت المقاصة بين الدائن والكفيل، فان الكفيل يكون له نفس الحقوق التى

للدائن فى مواجهته، وسيرجع على المدين بالدين الذى وفاه، فيستوى لدى المدين أن يدفع الدين للدائن أو للكفيل، وبذلك لا يكون له أدنى مصلحة للتمسك بها. وقد كان القانون المدنى القديم ينص على ذلك صراحة فى المادة ٢٠٠/٢٦٤. ولكن إذا كان قانوننا الحالى لم يتضمن مثل هذا النص، فان هذا ليس معناه أنه أراد العمل على خلاف حكمه، وانما أراد أن يترك الأمر للقواعد العامة، وهى تؤدى بنا إلى نفس الحكم.(١)

وتنقضى الكفالة باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن، كما إذا ورث أحدهما الآخر. ويترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل فقط دون الالتزام المكفول. ولذلك يستطيع من بقى منهما حيا وورث الآخر أن يطالب المدين. فإذا كان الدائن هو الذى ورث الكفيل فانه يستطيع أن يطالب المدين بالدين ولكن دون أن يكون هناك كفالة ضامنة له. واذا كان الكفيل هو الذى ورث الدائن، فانه يستطيع أن يطالب المدين بالدين الأصلى كما كان يرجع الدائن قبل موته، ولكن الكفيل فى هذه الحالة انقضى التزامه لأنه ورث الدائن فأصبح دائنا لنفسه.

لكن من المتصور أن يرث الكفيل المدين، أو أن يرث المدين الكفيل، ففى هذه الحالة تتحد صفة الكفيل والمدين فى شخص واحد. ولا يتعلق الامر هنا بتحاد ذمة بالمعنى القانونى، لأن هذا الاتحاد يفترض أنه يكون قد تم بين ذمة المدين وذمة الدائن. أما فى الفرض الذى نحن بصدده فان هناك اتحاد فى صفة مدين أصلى ومدين تبعى فى شخص واحد. ولذلك فلا تنقضى الكفالة، ولكن صفة المدين الأصلى هى التى تجب صفة الكفيل، أو صفة المدين التبعى، فى علاقته مع الدائن، لكن دون أن تمتزج فيها أو تختلط بها، وبالتالى يفقد حقوقه ككفيل فى مواجهة الدائن، فلا يستطيع أن يدفع بالتقسيم أو بالتجريد، أو باضاعة التأمينات. وحيث أن صفة الكفيل لا تزول، ولكنها تتوارى وراء صفة المدين الأصلى، فانه يترتب على

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص١٢٨ أو ١٢٩.

ذلك أن جميع التأمينات التى كانت تضمن التزام الكفيل تبقى ضامنة للالتزام الأصلى، كالتزام المصدق، أى كفيل الكفيل، والرهون التى كان الكفيل قد رتبها.[1] وعلى ذلك فان الدائن يستطيع أن يرجع على كفيل الكفيل، فاذا وفى الأخير الدين كان له أن يرجع على المدين أو على الكفيل، من بقى منهما حيا وورث الآخر.[2]

وتنقضى الكفالة أيضا بالابراء، فاذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة، برئت ذمة هذا الأخير دون أن يؤثر ذلك فى بقاء الالتزام الأصلى. ولكن العكس غير صحيح بمعنى أنه إذا أبرأ الدائن المدين الأصلى فان الكفالة تنقضى حتما بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلى. ولا يستطيع الدائن أن يستبقى الكفالة بعد ابرائه للمدين الأصلى من الالتزام المكفول.

لكن ابراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدى إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء. وتجوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته إذا كانوا غير متضامنين أو مطالبة أى منهم بالدين بعد خصم حصة الكفيل الذى أبرئ إذا كان الكفلاء متضامنين.[3]

وقد يبدو لأول وهلة أنه لا يمكن أن تنقضى الكفالة بالتقادم أو بمضى المدة بصفة أصلية. حيث أن الغالب أن يسرى التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلى فى الوقت الذى يسرى فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل. ولذلك ينقضى الدينان بالتقادم فى آن واحد. ومع ذلك فان طبقا للقواعد العامة فى التقنين المدنى المصرى، وذلك بخلاف التقنين المدنى الفرنسى (م٢٢٥٠)، انه من المتصور أن ينقضى التزام الكفيل بالتقادم بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك على بقاء الالتزام المكفول، وهذا يحدث إذا ما انقطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلى دون أن ينقطع بالنسبة للكفيل، ففى هذه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص٢٢٩.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٩٦ ص٢٣٦.

(٣) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٩٧ ص٢٣٧.

الحالة فان التزام الكفيل الذى استمر سريان التقادم بالنسبة إليه، ينقضى بتمام مدة التقادم، فى الوقت الذى يبقى فيه الالتزام الأصلى قائما لأن التقادم بالنسبة إليه قد انقطع.

ومما يؤكد وجهة النظر هذه أن التقنين المدنى الفرنسى نص صراحة فى المادة ٢٢٥٠، على أن قطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلى، يقطع التقادم بالنسبة للكفيل. بينما لم يرد مثل هذا النص فى القانون المدنى القديم ولا فى التقنين المدنى الحالى. مما يدل على أن المشرع ترك الأمر للقواعد العامة. وحيث أن التزام الكفيل، رغم تبعيته للالتزام الأصلى، له مقوماته الذاتية، ولذلك يمكن أن ينقضى مستقلا عن الالتزام الأصلى بكل سبب يمسه فى ذاته. وقد جاء أيضا فى التقنين المدنى فى المادة ٢٩٢ بأنه:

١- «إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين».

٢- «واذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين».

هذا يدل على أن سياسة المشرع فى صدد تعدد المدينين واتخاذ اجراءات شأنها أن تقطع التقادم بالنسبة لبعضهم، الا تسرى فى مواجهة البعض الآخر. فان تطبيق نفس الحكم فى الكفالة يكون من باب أولى، وبذلك يمكن القول فأن قطع التقادم أو وقف سريانه مدته فى مواجهة المدين لا يقطعه أو يوقف سريانه مدته فى مواجهة الكفيل، ولو كان متضامنا، ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل قد ينقضى بالتقادم مع بقاء الالتزام الأصلى قائما.[1]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص٢٣٠. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص٢٣٨.

ولكن إذا تقادم الدين المكفول الأصلى دون أن يتقادم الكفيل، كأن تتخذ اجراءات من شأنها قطع لتقادم فى مواجهة الكفيل. فقط، فانها لا تسرى فى مواجهة المدين، حتى ولو اشترط التضامن بينهما، فان التزام الكفيل ينقضى على ذلك، لا بصفة أصلية، ولكن بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلى بالتقادم. وحيث ان التزام الكفيل لا يمكن أن يقوم دون أن يرتكز إلى التام أصلى يقوم على ضمان الوفاء به.[1]

المطلب الثانى

أوجه الانقضاء الخاصة بالكفالة

قد سبق أن رأينا أن طبيعة التزام الكفيل فرضت على المشرع أن يقرر له نوعا من الحماية الخاصة به. فاذا كان المشرع قد حرم الكفيل - فى القانون الحالى - من الرجوع على المدين الا اذا قام بالوفاء بالدين فعلا، فلا أقل من أن يحميه من تقصير أو إهمال الدائن. وقد قرر المشرع جزاءا مناسبا لتقصير المدين أو اهماله. وهو براءة ذمة الكفيل بقدر ما اصابه من نتيجة هذا الاهمال أو هذا التقصير. وقد قرر المشرع ثلاث أسباب خاصة تنقضى بها الكفالة دون أن ينقضى الالتزام الأصلى.

١- براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م٧٤ مدنى).

٢- براءة ذمة الكفيل لتأخير لدائن فى اتخاذ الاجراءات ضد المدين (م٧٨٥ مدنى).

٣- براءة ذمة الكفيل بقدر ما اصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين (م٧٨٦ مدنى).

ونبحث هذه الاسباب على التوالى:

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ص٢٣٠.

أولا – براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات:

. فإذا كان هناك تأمينات أخرى تضمن الدين بجانب الكفالة ، وقام الدائن بخطئه باضاعة هذه التأمينات أو بعضها، ترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة هذا الخطأ. وقد نصت المادة ٧٨٤ مدنى على ذلك بقولها:

١ – «تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات»

٢ – «ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون».

ولدراسة هذا الوجه من الأوجه الخاصة لانقضاء الكفالة، فانا نعرض أولا للكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم، ثم الاساس القانونى لهذ السبب من أسباب الانقضاء الخاصة، ثالثا ندرس الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل. وفى النهاية ندرس أثر اضاعة التأمينات.

(أ) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم:

من البديهى أن هذا الحق قاصر على الكفيل فقط ، بحيث أن المدين المتضامن لا يجوز له أن يتمسك باضاعة التأمينات طبقا لحكم المادة ٧٨٤ مدنى. لأنه يلتزم التزاما أصليا بالدين كله. وحيث انه فى التضامن تتعدد الروابط بتعدد المدينين، وبذلك تكون الرابطة بالدائن مستقلة عن الرابطة التى تربط المدينين المتضامنين بنفس الدائن. وكذلك لا يجوز لحائز العقار أن يتمسك باضاعة التأمينات لأنه ليس كفيلا، ولأنه لا يصح – كقاعدة عامة – أن تكون له من الحقوق أكثر ممن تلقى الحق عنه، وهو المدين.[1]

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص٢٢٣، وبصفة خاصة هامش ١ و٢. – السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص٢٤٢ و ٢٤٣.

نخلص مما سبق أن الكفيل وحده هو الذى يستطيع أن يتمسك بحكم المادة ٧٨٤ مدنى. ويكون لأى كفيل هذا الحق، سواء كان كفيلا عاديا أو كفيلا متضامنا، وسواء كان كفيلا شخصيا أو كفيلا عينيا.[١]

كما يستطيع أن يتمسك بهذا الحق الكفيل الذى نزل عن الدفع بالتجريد.[٢]

(ب) الأساس القانونى لانقضاء الكفالة باضاعة التأمينات:

حيث أن الكفيل يقرم بالوفاء بالتزام غيره، فانه يستطيع، كما سبق أن رأينا، ان يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين. وفى هذه الحالة يستطيع الكفيل أن يستفيد بما لهذا الدين من ضمانات مقرره للدائن، لأنه يحل محله فى هذا الحق، بما له من خصائص، وبما يلحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات. فإذا ما تسبب الدائن بخطئه أو بتقصيره فى اضاعة التأمينات الضامنة للدين والتى كان من الممكن أن يستفيد منها الكفيل عند رجوعه على المدين بحلوله محل الدائن فى حقه، وبالتالى قد تسبب ذلك فى ضرر للكفيل، فان انسب جزاء للدائن – وفى نفس الوقت خير تعويض لهذا الضرر الذى لحق بالكفيل – هو تقرير براءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص٢٣٤. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص٢٤٣. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص١٠١. - منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص٧٢. - مسري تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص٩٠. - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص٦٠. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٥٨. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٤٢.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص٢٣٤.

- السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص٢٤٢.

(جـ) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل:

وحتى تبرأ ذمة الكفيل نتيجة لاضاعة التأمينات، يجب أن تتوافر عدة شروط. أولها: أن يكون التأمين الذى اضاعه الدائن تأمينا خاصا، وثانى هذه الشروط: أن تكون اضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ أو تقصير من جانب الدائن، وثالثها: أن يترتب على اضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل. ونعرض لهذه الشروط على النحو التالى:

(١) يجب أن يكون الدائن قد اضاع تأمينا خاصا:

قد نصت المادة ٢/٧٨٤ مدنى على ذلك صراحة بقولها بأنه:

« .... ٢- يقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين...». وعلى ذلك فانه يجب أن يستبعد من نطاق تطبيق هذا النص، ما قد يترتب على عمل الدائن من اضعاف للضمان العام. فالأصل أنه لا يترتب على تباطؤ الدائن فى اتخاذ الاجراءات براءة ذمة الكفيل حتى ولو أعسر المدين، حتى ولو كان ذلك نتيجة لعدم قيامه بها أصلا. وقد نص المشرع على ذلك صراحة فى المادة ١/٧٨٥ بقوله: «لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات، أو لمجرد أنه لم يتخذها». ولا تبرأ ذمة الكفيل إذا منح الدائن المدين أجلا جديدا ما لم يترتب على منح هذا الاجل اضاعة تأمين خاص، كسقوط الحق فى الحبس نتيجة لمنح البائع أجلا جديدا للمشترى للوفاء بالثمن. ولذلك تبرأ ذمة الكفيل نتيجة لسقوط الحق فى الحبس الذى اضاعه الدائن بمنحه الأجل الجديد. وكذلك لا يترتب على عدم استعمال الدائن لحقه فى الدعوى البوليصية للوصول إلى ابطال تصرف أجراه المدين اضرارا به، براءة ذمة الكفيل لأنه ليس هنا أى اضاعة لتأمين خاص، ولكن هذا لا يمنع من أن الكفيل يستطيع مساءلة الدائن إذا صدرت منه هذه الأفعال عن خطأ وتسببت فى ضرر للكفيل وذلك طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية.[1]

---

(١) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ١٥٥ ص١٣٧.

ويستوى لتطبيق المادة ٢/٧٨٤ مدنى أن تكون التأمينات الخاصة، تأمينات عينية أم تأمينات شخصية، ويستوى أن يكون مصدر هذه التأمينات الاتفاق أم القانون أم القضاء. ولا يهم أيضا أن يكون التأمين الذى ضاع بخطأ الدائن موجودا وقت انعقاد الكفالة أو تقرر بعد ذلك. ولا فرق فى ذلك بين تأمين من المدين أو من الغير، كالكفيل العينى مثلا.

ولكن يشترط لتطبيق هذه المادة أن يكون هناك تأمين خاص فعلا وترتب على خطأ الدائن ضياعه. فلا يكفى أن يكون الدائن قد أهمل فى اكتساب تأمين خاص كان من الممكن الحصول عليه. ومثال ذلك عدم قيام المؤجر بالزام المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة تكفى للوفاء بدين الأجر لمدة سنتين أو لمدة الايجار ان قلت عن ذلك، وذلك حتى يكون للمؤجر امتياز على هذه المنقولات(٢/٨٩٠ مدنى) فان ذلك لا يعتبر من قبيل اضاعة التأمين الخاص الذى يدخل فى نطاق تطبيق هذه الحالة.

(٢) يجب أن تكون اضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن:

لكى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة اضاعة التأمينات فانه يجب أن يحدث ذلك نتيجة خطأ أو تقصير من جانب الدائن. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١/٧٨٤ بقولها: «تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات». وعلى ذلك فانه إذا كانت اضاعة التأمينات ناشئة عن قوة قاهرة، أو عن فعل الغير، أو عن فعل المدين، أو عن فعل الكفيل نفسه، فانه لا محل لقيام مسئولية الدائن أصلا، حيث انه ليس هناك خطأ ينسب إليه. ويستوى لتطبيق المادة ٧٨٤ مدنى أن يكون خطأ الدائن فعل ايجابى، بأن يبرئ أحد الكفلاء، أو يتنازل عن الرهن أو عن أولويته فى مرتبة الرهن، أو فعل سلبى، كما إذا أهمل فى قيد الرهن أو تجديده، أو أهمل فى استئناف حكم صادر بالغاء الرهن أو لم يوقع المؤجر الحجز التحفظى على حاصلات العين المؤجرة وترتب على ذلك عدم افادته من حق الامتياز

ـدى يقرره عليها القانون لمصلحته.[1] ويستوى أن يكون الخطأ الذى أضاع التأمين الخاص خطأ شخصيا للدائن أو خطأ واقعا من شخص مسئول عنه قانونا، كوكيله أو تابعة.[2]

وقد ثار خلاف في حالة ما إذا كانت اضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ مشترك من الدائن والكفيل. فيذهب غالبية الفقهاء إلى وجوب توزيع المسئولية بينهما على قدر الخطأ الواقع من كل منهما، وبراءة ذمة الكفيل بقدر التقصير الواقع من الدائن.[3]

بينما يرى بعض الفقهاء أن الخطأ المشترك بين الكفيل والدائن لا يترتب عليه براءة ذمة الكفيل ولو جزئيا، بل يظل ملزما بكل الدين، لأنه لا يصح للكفيل أن يتأذى من خطأ قد ساهم في وقوعه، أو على الأقل كان يمكنه اجتنابه.[4]

ونحن لا يسعنا الا أن نؤيد غالبية الفقهاء فيما ذهبوا إليه، حيث أن الأمر يتعلق بتحديد مسئولية كل من الكفيل والدائن، فانه يجب في ذلك اعمال قواعد المسئولية في حالة الخطأ المشترك، التي تقضى بتوزيع الضرر بحسب نسبة الخطأ، ما لم يستغرق أحد الخطأين الآخر، كما أن المادة ١/٧٨٤ مدنى صريحة تماما في ذلك حيث أنها تنص على أن «١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات..». فقد حدد النص أن براءة ذمة الكفيل لا تكون الا بالقدر الذى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٠ ص١٤١ وهامش ٤. ص٢٤٢. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص١٠٢.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٨ ص٢٤.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص٧٧. - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٧٠ ص٧٤. - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص٦٠ و٦١. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٥٩. - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٤٦ و١٤٧.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥١ ص٢٤٥. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٢ ص٢٤٥. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص٩٤.

ضاع من التأمينات نتيجة خطأ الدائن، فإذا ما ترتب على خطأ الدائن ضياع جزئى لتأمين خاص فان ذمة الكفيل لا تبرأ الا بهذا القدر، ويجب تطبيق نفس الحكم فى حالة الخطأ المشترك مع الكفيل، فبقدر ما ترتب على خطأ الدائن يجب أن تبرأ به فقط ذمة الكفيل، ولا يستطيع أن نحمل الدائن أو الكفيل النتيجة الكاملة لهذا الخطأ المشترك، حيث أن ذلك يتنافى مع المبادئ العامة ومع العدالة، ويخل بالحماية التى قررها المشرع فى كل أحكام الكفيل، والتى تدعم جانب الكفيل.

(٣) يجب أن يترتب على اضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل:

وذلك لأن براءة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص يعتبر نوعا من أنواع التعويض مقرر لمصلحة الكفيل. فيجب لكى يكون هناك تعويض، أن يكون هناك ضرر من جراء الخطأ الذى ترتب عليه اضاعة التأمين الخاص. وعلى ذلك فإذا لم يكن هناك ضرر قد أصاب الكفيل من جراء اضاعة التأمين، فان الكفيل لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته. فإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء ليحل محله كفيل آخر يماثله فى اليسار، فان ذلك لا يعد اضاعه لتأمين خاص، وكذلك لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما نزل الدائن عن رهن متأخر فى المرتبة بحيث أنه لا يفيد أصلا فى استيفاء حقه، لأنه لا يصيب الكفيل أى ضرر من جراء ذلك.

ويجب على الكفيل أن يثبت أنه قد صابه ضرر من فعل الدائن، ويثبت أيضا أن هذا الضرر الذى لحقه ضررا محققا وليس مجرد ضرر محتمل.[١]

لا يشترط أن يترتب على ضياع التأمين الخاص بخطأ الدائن اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره، حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته. لكن مجرد اضاعة تأمين خاص ذى قيمة دون أن يستبدل به تأمينا آخر لا يقل عنه فى قيمته، يبرئ

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص٢٤٨.

ذمة الكفيل، دون اعتبار لما إذا كانت هناك تأمينات أخرى يستطيع الكفيل بواسطتها استيفاء ما سيدفعه عن المدين أم لا. لأن اضاعة التأمين الخاص يقلل على أى حال من فرصة الكفيل فى استيفاء حقه. ولا يستطيع أن يدفع الدائن بيسار المدين أو بوجود تأمينات أخرى حتى يظل التزام الكفيل قائما، لأنه لو صح ذلك فلماذا يخشى الدائن براءة ذمة الكفيل.[1]

(د) أثر اضاعة التأمينات بخطأ الدائن:

يترتب على توافر الشروط السابقة أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص.[2] ويقع عبء الاثبات، طبقا للقواعد العامة، على الكفيل، بأن يثبت أن اضاعة التأمين بخطأ الدائن قد تسبب له فى ضرر، وإذا ادعى الدائن خلاف ذلك وقع عليه عبء الاثبات، كأن يثبت مثلا ان التأمين الذى اضاعه عديم القيمة، كأن يكون رهنا مقررا على مال مثقل برهون أخرى متقدمة عليه فى المرتبة ومستغرقة لقيمته، أو أن الكفيل لم ينله ضرر، لأنه قد استبدل بالتأمين الذى اضاعه تأمينا آخر لا يقل عنه فى قيمته.[3]

ويجب على الكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببراءة ذمته لاضاعة التأمينات، حيث أنه لا يقع بقوة القانون، لأن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام. وعلى ذلك يجوز للكفيل أن يتنازل عن حقه فى التمسك بالحكم المقرر فى المادة ٧٨٤ مدنى.

ويتمسك الكفيل عادة ببراءة ذمته لاضاعة التأمينات عن طريق دفع يبديه إذا طالبه الدائن بالوفاء. وهذا يعتبر دفعا موضوعيا يمكن للكفيل أن يتمسك به فى أية

(١) قارن: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص٧٨. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص٥٩.

(٢) محمود جمال الدين زكي،، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص١٠٥. -السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص٢٤٨.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٣ ص٢٤٧.

حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لأن هذا الدفع لا يعتبر من النظام العام.[1]

واذا كانت الصورة الغالبة هي أن الكفيل يدفع ببراءة ذمته لاضاعه التأمينات إذا ما طالبه الدائن بالوفاء، الا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الكفيل من القاضي، بدعوى يرفعها ضد الدائن، الحكم بتقرير براءة ذمته من الدين لاضاعة التأمينات.[2]

ثانيا - براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الاجراءات في مواجهة المدين بعد انذار الكفيل له بضرورة اتخاذها:

وهذا أيضا وسيلة من وسائل حماية الكفيل من تقصير الدائن أو اهماله. وقد جاء هذا الحكم في نص المادة ٧٨٥ حيث انها تقرر انه:

١- «لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الاجراءات أو لمجرد انه لم يتخذها.

٢- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا».

وهذا النص يتعرض للحالة التي يتباطأ فيها الدائن في اتخاذ اجراءات المطالبة بالدين بالرغم من حلول الأجل أو تأخره في اتخاذها. فقد قرر المشرع أن للكفيل حق في أن ينذر الدائن باتخاذ هذه الاجراءات. فان لم يتخذها في خلال ستة شهور من تاريخ هذا الانذار، ولم يقدم المدين تأمينا كافيا للكفيل، تبرأ ذمة الكفيل من

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص٢٤٩. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص١٠٦. - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٣ ص٢٤٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٣ ص٢٤٧. - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص٢٤٨ و٢٤٩. - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص١٠٦ و١٠٧. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص٩٦.

الكفالة. ولم يرد نص مماثل لذلك فى التقنين المدنى السابق ولا فى القانون الفرنسى. وقد استمد المشرع هذا النص من مشروع القانون الفرنسى الايطالى (م٧٣٩) والقانون السويسرى (م٥٠٢)، والقانون البولونى (م٦٣٧). ولبيان حكم هذا النص يجب ان نعرض أولا: متى يجوز للكفيل انذار الدائن، وثانيا: أثر هذا الانذار.

(أ) متى يجوز للكفيل انذار الدائن:

لم تبين المادة السالفة الذكر الوقت الذى يجوز فيه للكفيل انذار الدائن بوجوب اتخاذ الاجراءات ضد المدين. ومع ذلك فطبقا للقواعد العامة، لا يستطيع الدائن اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين الا بعد حلول أجل الدين المكفول. وعلى ذلك فاذا لم يتخذها الدائن فى هذا الوقت. أو تاخر فى اتخاذها بعد هذا الوقت، فانه يحق للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ هذه الاجراءات فى مواجهة المدين.

والعبرة بالأجل الأصلى للالتزام المكفول، أى الاجل المحدد لهذا الالتزام عند تقدم الكفيل لضمان الوفاء به، فاذا حل هذا الأجل، ومنح الدائن المدين أجلا جديدا، فان ذلك لا يسرى فى مواجهة الكفيل، ولا يحول دون ثبوت حقه فى انذار الدائن باتخاذ الاجراءات، مالم يكن قد ارتضى هذا الأجل الجديد، فعندئذ عليه أن ينتظر حتى يحل هذا الأجل الذى قبله. والحكمة من ذلك أنه لو جعلنا الأجل الجديد ملزم للكفيل بحيث لا يستطيع أن يقوم بانذار الدائن الا بعد حلوله، لترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يضر بالكفيل، فكلما اقترب الأجل الأصلى منح الدائن المدين أجلا جديدا، ويظل الكفيل هكذا معلقا وملتزما بالكفالة لأجل غير مسمى، مالم يسقط التزامه بالتقادم، ولفوتنا الغرض الذى قصده المشرع من حكم المادة ٢/٧٨٥.

(ب) اثر انذار الكفيل للدائن:

فإذا انذار الكفيل الدائن عند عدم اتخاذ الاجراءات عند حلول أجل الدين المكفول أو تأخر فى ذلك، فانه يترتب على ذلك ان الدائن يصبح ملزما باتخاذ هذه

الاجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الانذار للدائن، فان لم يفعل برئت ذمة الكفيل.

فاذا اتخذ الدائن الاجراءات الواجبة قانونا ضد المدين، وسار في اتخاذها بعناية الرجل المعتاد، كان هذا كافيا، ويكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى على المدين ليطالبه بالدين، أو مباشرة اجراءات التنفيذ إذا كان معه سند صالحا للتنفيذ.[1]

وعلى ذلك فإذا لم يتخذ الدائن هذه الاجراءات في خلال المدة المحددة، فانه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل، وتنقضي بذلك الكفالة بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك على وجود أو قيام الدين المكفول.

ويستطيع المدين أن يحول دون حدوث هذا الأثر، بأن يقدم للكفيل قبل انقضاء الستة أشهر السابق ذكرها، ضمانا لاستيفاء ما قد يضطر إلى دفعة للدائن. وتقدير كفاية التأمين المقدم من المدين للكفيل من عدمه متروك لتقدير قاضي الموضوع، إذا ما نوزع في ذلك.

ويجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة لعدم اتخاذ الدائن الاجراءات في مواجهة المدين خلال الستة أشهر من تاريخ انذار الكفيل له. حيث أنها لا تتم بقوة القانون، لأن حكم هذه المادة لا يتعلق بالنظام العام. ويكون تمسك الكفيل بحكم المادة ٧٨٥ مدني في صورة دفع أو في صورة دعوى يرفعها على الدائن كما هو الحال بالنسبة لاضاعة التأمينات.

ثالثا – عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

وقد جاءت بهذا الحكم المادة ٧٨٦ مدني، حيث انها تقرر أنه: «اذا أفلس المدين، وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن».

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٦ ص ٢٠٥. – السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص٢٥٤.

والحكمة من إفراد نص خاص لهذه الحالة، هو أن عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين لا يعتبر فى حكم اضاعته لتأمين خاص حتى ينطبق عليه المادة ٧٨٤ مدنى، كما أن الكفيل لا يستطيع أن ينذر الدائن باتخاذ الاجراءات فى خلال المدة المنصوص عليهافى المادة ٧٨٥ مدنى، حيث انه عند افلاس المدين يمتنع على الدائن اتخاذ اجراءات فردية في مواجهته، لأن الافلاس عبارة عن تصفية جماعية لأموال المدين المفلس. كما أن القواعد العامة فى التقنين الحالى، وخلافا للقانون المدنى السابق. لا تجيز للكفيل أن يتقدم فى تفليسة المدين مادام انه لم يوفى الدين المكفول. ولكن الدائن هو الذى يستطيع ذلك. ولذلك قد تدخل المشرع ليقرر انه إذا لم يتدخل الدائن فى التفليسة بالدين المكفول، فانه يعتبر مقصرا وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره، وبالتالى يجب ألا نحمل الكفيل بهذا الخطأ، فلذلك تبرأ ذمة هذا الاخير بقدر ما أصابه من ضرر بسبب اهمال الدائن.

ويبين من ذلك انه إذا لم يتقدم الدائن فى تفليسة المدين، فان ذمة الكفيل لا تبرأ الا بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة لان الضرر الذى يلحق الكفيل يتحدد بذلك.[1]

ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق، إذ انه لا تبرأ ذمته بقوة القانون. وتمسك الكفيل يكون فى صورة دفع أو دعوى يرفعها ضد الدائن كما هو الحال بالنسبة للصورتين السابقتين.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ١٥٧ ص٢٥١.

الباب الثانى

الضمانات المستقلة

Les Garanties autonomes

تمهيد

- الضمانات وصفة الاستقلالية:

ترجع استقلالية هذه الضمانات إلى أن الضامن يلتزم بصفة مستقلة، بمعنى إن استحقاقية التزامه لا تعتمد على إستحقاقية التزام المدين الأصلي، وإنما يعتبر التزامه مستقلا تماما عن إلتزام المدين ويتحدد مباشرة في علاقاته مع الدائن.

ولذلك فإن هذه الضمانات تفقد صفة التبعية. وقد أثبتت الدراسات التاريخية أن صفة التبعية للضمان الشخصي ليست من النظام العام. كما أن هذه الصفة ليست عنصرا أساسيا في الضمان الشخصي ولا هي من جوهره.[1]

هذه الضمانات لا يمكن إرجاعها إلى الأنظمة التقليدية كالانابة أو الاعتماد المستندي أو الضمان الاحتياطي أو التعهد عن الغير[2]. فهذه الضمانات تستجيب إلى حاجات إقتصادية مشروعة وتخضع لمبدأ العام في حرية التعاقد.[3]

وهذه الضمانات المستقلة نصادفها في حالتين: حالة الأنابة الناقصة وحالة الضمان بمجرد الطلب. وهذا هو موضوع الفصلين التاليين:

---

(1) M. Bellis et Y. Poullet, Emergence de la sûretes personnells non accessoires, in les garanties bancaires dans les contrats internationaux. colloque de Tours des 19et 20 juin, 1980, éd Moniteur. 1981, p. 156.

(2 André Villerey, les gananties bancaires en droit français rappport français in colloque de Tours précité, p. 255, M. Vasseur, rapport de synthese ibid, p. 319; M. Bellis et Y. Poullet, op. cit., p. 154 ets.

(3) M. Bellis et Y, Poullet, op. cit., p. 160 et 5.

الفصل الأول
الانابة الناقصة

... مى وظيفة الضمان التى تحققها الإنابة الناقصة ينبغى علينا أن نلقى الضوء على فكرة الانابة الناقصة، ثم بعد ذلك نبين مدى ما تحققه الانابة الناقصة من ضمان.

المبحث الأول
فكرة الانابة الناقصة

ولإعطاء فكرة واضحة عن الانابة الناقصة ينبغى علينا أن نعرض لكيفية تحققها، ووظائفه، وذاتيتها.

أولا – كيف تتحقق

الانابة الناقصة نظام قانونى تقليدى فى نظرية الالتزام يرجع أصله إلى القانون الرومانى،[1] والانابة الناقصة تفترض وجود ثلاثة أطراف، الدائن، (المنتب إليه) والمدين الأصلى (المنيب) والمدين الآخر (المناب).

فالانابة عمل قانونى به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكانه (م٣٥٩ مدنى مصرى). وعلى ذلك نجد أن هناك مدينين يلتزمان بمقتضى رابطتين مختلفتين، أمام الدائن بكل أو بجزء من الدين. كما أن المناب يلتزم فى مواجهة الدائن بعقد ملزم لجانب واحد.

Gide, Etude sur la novation et la transport des créances en droit romain, Paris. 1879, et s.

والسبب فى أن الانابة هنا ناقصة يرجع إلى أن الدائن (المناب لديه) لم يبرئ صراحة مدينه (المنيب) من التزامه بل يقبل المناب كمدين آخر. فيكون له مدينان عوضا عن واحد.[1]

ثانيا - وظائفها

للانابة فى نظرية الالتزام وظائف تقليدية ما لبث العمل أن وظفها علي نطاق واسع لتحقيق وظيفة أساسية وهي الضمان. ولنعرض لذلك في الفقرات التالية:

١ - الوظائف التقليدية:

تقوم الانابة بعدة وظائف: فقد تقوم الانابة بدور الوفاء البسيط بالالتزام un paiment simplifié وذلك عندما يكون المنيب (المدين) دائنا للمناب (الاجنبي) فيرتضي هذا الاخير الانابة ليقضي عن طريقها هذا الدين.

وقد يقصد من الانابة التبرع بقيمة الدين من جانب المناب للمنيب. وهذه تعتبر هبة غير مباشرة تخضع للقواعد الموضوعية للهبة. ويترتب على ذلك أنه ليس للمناب أى رجوع بقيمة ما دفعه على المنيب.

وقد يقصد من الانابة إقراض المنيب قيمة الدين. ويتم ذلك بأن يقوم المناب بدفع مبلغ القرض مباشرة إلى المناب لديه (الدائن).

غير أن الوظيفة الأساسية للانابة هى أنها تعطى للدائن ضمانا قويا بأن يكون له مدينان بدلا من مدين واحد.

٢ - إتساع نطاق الانابة الناقصة كأداة للضمان:

سوف نتعقب هذه الوظيفة فى التشريعات الحديثة فى فرنسا وما جرى عليه العمل سواء فى مجال المعاملات الداخلية أو في مجال التجارة الدولية.

---

(1) Ph. Malaurie, L., Aynès, les sûretes, op. cit., no. 325, p. 105.

- **فى التشريعات الحديثة فى فرنسا إستخدمت الانابة كوسيلة للضمان من** ذلك مثلا قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ والخاص بالمقاولة من الباطن - وقد فرض هذا القانون على المقاول الأصلى أن يعطى للمقاول من الباطن ضمانا (م١٤). وقد سمح له أن تحل الانابة الناقصة لرب العمل فى مواجهة المقاول من الباطن محل الكفالة البنكية - مثال ذلك أن «أ» يكلف «ب» كمقاول عمومى بناء مستشفى، على أن تكون قيمة العمل الاجمالية ٥ مليون جنيه مثلا. ثم يقوم «ب» بعد ذلك بالتعاقد من الباطن على جزء من العمل (الخاص بالكهرباء مثلا) مع مؤسسة متخصصة «جـ» بمبلغ قدره مليون جنيه. وهنا يستطيع «جـ» أن يحصل من «ب» علاوة على الدعوى المباشرة فى مواجهة «أ»، على كفالة بنكية لضمان الوفاء بقيمة الأعمال التى يقوم بها. هذا الضمان البنكى يمكن أن تحل محله الانابة، بأن يلتزم «أ» بأن يدفع إلى «جـ» المبلغ المستحق فى مواجهة ب (مليون جنيه). ويترتب على ذلك أن الانابة تعطى لـ «جـ» مدين ثان وهو «أ». وتتميز الانابة عن الدعوى المباشرة فى هذا الصدد بأنها تجعل رب العمل «أ» مدينا فى الحال للمقاول من الباطن بطريقة مستقلة.

كما أنه من الشائع فى العمل أن المقترض من أجل كسب ملكية عقار مؤجر ينيب المستأجرين لدى المقرض لدفع مبلغ القرض كما أن الانابة تتدخل لتسمح للمؤسسات بالاستثمار، مثال ذلك أن تقوم المؤسسة المتخصصة فى مواد المعلومات بانابة المؤسسة المستأجرة لهذه المواد لدى المؤسسة الممولة لامتلاك أو إستثمار هذه المواد.

فى مجال التجارة الدولية:

التطبيق الأول حديث ومأخوذ من حكم محكمة باريس فى ٣١ مايو ١٩٧٩[1]. وهذا التطبيق يتعلق بقضية معقدة. ويكفينا أن نشير إلى أن وقائع هذه

(1) Cour de Paris (15e ch. B) 31 mai 1979, D. 1980. 426 note Parleani.

القضية تتلخص فى أن مجموعة ذات مصلحة إقتصادية مشتركة، تضم عددا من الاعضاء المهنيين من نفس الطائفة، تعطى للاعضاء المنضمين لها ضمانا لهم فى علاقاتهم مع الغير بشرط أن يكون إعسار العضو قد تقرر بحكم قضائى. وهذا الضمان الممنوح فى بادئ الأمر من الاتحاد المركزى لاعضائه مخصص لتحويله فى مرحلة لاحقه إلى البنك الممول عن طريق «تصرف بالانابة» "un acte de délégation". وهذا التصرف بالانابة تنص عباراته على أن العضو المستفيد من الضمان ينيب الاتحاد المركزى لدى البنك. ثم حدث أن هناك شركتين أعضاء فى الاتحاد المركزى وعملاء لأحد البنوك وهو "La Discount Bank" قد وقعتا «تصرف إنابة» لصالح هذا البنك من أجل ضمان إسترداد المبالغ التى يمكن أن تستحق له بسبب تدخله فى تمويل العمليات التى تقوم بها هاتان الشركتان مع عملائهم فى الخارج. بعد ذلك قد نشأت منازعة بين البنك المستفيد من الانابة والاتحاد المركزى. فى حقيقة الأمر أن الانابة المبرمة كانت عباراتها ليست على درجة كافية من الوضوح مما حدا بالمعلق على الحكم أن يستنتج تكييفا آخر للتصرف بأن اعتبره اشتراطا لمصلحة الغير. أيا كان الأمر فإن الحكم له دلالته فى بيان التوسع الحديث للانابة وفى مجال التجارة الخارجية.

علاوة على ما تقدم فان للانابة مجالا آخر للتطبيق الحديث فى نطاق العلاقات الدولية فى مجال ما هو مصطلح على تسميته بالتمويل المالى للمشروعات الصناعية الدولية، ما يسمى بالانجليزية "project financing" وبالفرنسية "Les financements de projets industriels internationaux" والذى يعرف تحت تسمية أخرى «التمويل دون رجوع» "Les financements sans recours".

فى نطاق هذه العمليات قد تم بناء وتمويل وتشغيل حقول بترول بحر الشمال، وكذلك حقول البترول الواقعة بالقرب من شواطئ ساحل العاج. وبالمثل قد تم تمويل وتشغيل مصنع الومنيوم فى استراليا بواسطة شركة Péchiney (مشروع

TOMAGO). كما سيكون الأمر كذلك، ولكن طبقا لمعطيات مختلفة بعض الشيء، بالنسبة لتمويل وتشغيل مصنع إنتاج الزجاج في البرازيل بواسطة SAINT GOBAIN - PONT - à - Mousson.

وقد تم تعريف المشروع بأنه «تمويل الوحدة إقتصادية على أساس تخصيص الموارد المالية المستقبلة لضمان خدمة القروض الممنوحة، وتغطية تكاليف العمليات بالاضافة إلى عائد عادل لرأس المال» هذا الموضوع يثير الكثير من المشكلات.[1] ولكن يكفى لالقاء الضوء عليه توضيح الفكرة الأساسية التي يقوم عليها. وتنطلق هذه الفكرة من أن «مجمع بنوك التمويل "le pool bancaire de financement" يقبل تمويل المشروع على أساس وحيد وهو العائد المستقبل، كأن يتعلق الأمر بالالومنيوم التي ستنتج مثلا. فالبنوك في مواجهة نفقات التمويل الضخمة تقبل أن تعطى قروضا دون رجوع على المقترض، على أن يتم استرداد هذه القروض عن طريق المنتج المباع (الالومنيوم مثلا).

هذه العمليات لا تتم دون مخاطر بالنسبة للبنوك. ولذلك فإن هذه البنوك تعمل جاهدة على توقى هذه المخاطر. وبهذه المناسبة نجد أن أحد المتخصصين في مثل هذه العمليات Aline Grenon، قد كتب أنه «بالنظر إلى الطريقة المستخدمة، فان فكرة ما يمكن اعتباره مكونا لضمان قد تغيرت حيث أن ضمانات تمويل المشروع، وذلك خلفا للتمويل التقليدى، ستكون غالبا غير مباشرة».[2]

وقد تأخذ الضمانات غير المباشرة أشكالا متعددة منها رقابة البنوك، المفوضة

(1) Cf. Aline, Grenon, Project financing revue "Droit et pratiques du commerce international" 1980, p. 189 et s. Sarmet. les fiannncements internationaux de projet en Europe Banque. 1980. p. 183: Chantal d'Auvigny- Lambard et Francois, Risques et garanties de financements internationaux de projets dans les pays en voie de développement, Banque, 1980. p. 1361.

(2) Aline Grenon. op. cit., p. 90.

بالدفع للموردين والمقاولين لحساب المقترض، لتخصيص الائتمان فى المشروع، أو الاشراف بواسطة خبراء فنيين معينين من قبل البنك على تنفيذ المشروع، أو الرقابة من أجل منع أو تخفيض التجاوزات فى الاسعار وكذلك الامكانية المتاحة للبنوك فى أخذ المشروع فى يدها فى حالة ما إذا أخل المدين بالتزاماته فى مواجهتهم. كما أن هناك شروطا مخصصة أساسا للنص على الانابة للبنوك فى عقود بناء المصنع أو عمليات التنقيب، بحيث تستطيع البنوك فى حالة الاخلال أن تنهى المشروع ثم تقوم بعد ذلك إما ببيعه وذلك لاسترداد المبالغ المقرضة بقدر المستطاع، وإما بتشغيله وذلك لتحقيق عائد ضرورى يسمح باسترداد المبالغ المقرضة.

علاوة على هذه الضمانات غير المباشرة فإن هناك التأمينات التقليدية، كالرهن الرسمى أو الحيازى، لكن هذه التأمينات لا تحقق فى الغالب الغرض منها، فبالنسبة لمجمع البنوك يعتبر الرهن الرسمى على مصنع الومنيوم فى استراليا غير مجد بدرجة كبيرة، بالاضافة إلى ذلك فإن هذا المجمع لديه إنابة بحقوق المقترض فى عائدات المشروع وعلى حساباته البنكية التى تصب فيها دخوله وإيراداته.

هذه الانابة تشكل حجر الزاوية فى نظام تمويل المشروعات "projects financing". فمثلا تصادف بمناسبة إنشاء مصنع الزجاج فى البرازيل بواسطة "Saint - Gobain - Pont - à - Mousson" فى العقد الذى سمى صراحة «عقد الانابة» "Contrat de délegation" شرط ينص على أن «يطلب المقترض، بطريقة غير قابلة للرجوع فيها، من المشترين للزجاج بالدفع مباشرة إلى البنوك المبالغ المستحقة من عقود التموين وذلك فى الحدود التى تعادل مبلغ الإئتمان الممنوح... وأن هذه الانابة تعتبر انابة ناقصة...، وأنه يمتنع على المشترى الالتجاء إلى أى دفع من الدفوع للتخلص من إلتزامه قبل البنوك».

وتعد الانابة فى القانون الفرنسى كافية فى ذاتها لتحقيق هذا الضمان. أما فى قوانين بعض الدول فانها تحتاج إلى ما يعززها. ففى قانون بعض الولايات فى

الولايات المتحدة الأمريكية، نجد أن الانابة فى الدخول délégation revenus، والانابة فى الحسابات البنكية délégation des comptes bancaires يمكن أن تأخذ شكل تأمين عينى، إذ هى سجلت باعتبارها إتفاق ضمان "security agreement" تطبيقا للمادة ٩ من تقنين التجارة الموحد فى الولايات المتحدة، وفى القوانين الانجلوسكسونية يسمح بإنشاء إتحاد تصب فيه كل الدخول والإيرادات لحساب البنوك. وبهذه الطريقة تضمن البنوك استردادها لحقوقها.(١)

والالتجاء إلى الانابة كضمان فى نظام تمويل المشروعات معروفا منذ زمن بعيد. ففى عام ١٨٥٦ قد تم الالتجاء إلى هذه الوسيلة عند تمويل مشروع قناة السويس. كما أنه يلجأ إليها عادة فى تمويل المشروعات البحرية وكما هو واضح فان الانابة تعتبر ضمانا غير مباشر له قيمته فى الوقت الحاضر. وهذا ما يدفعنا إلى متابعة دراستها من حيث ذاتيتها ومدى ما تحققه من ضمان.

ثالثا – ذاتيتها

فى هذا الصدد يجب أن نميز بين الانابة الناقصة وغيرها من الانشطة القانونية التى يمكن أن تختلط بها.

١ – **الانابة الناقصة وتعيين جهة الدفع**: تشتبه الانابة الناقصة وتعيين جهة الدفع من جانب المدين (م٢٧٧ مدنى فرنسى) من حيث أنه يسمح باجراء الوفاء البسيط. لكن تتميز الانابة عن تعيين جهة الدفع بسمة أساسية وهى أن المدين المعين لا يصبح ملتزما شخصيا فى مواجهة الدائن، فهو لم يأخذ على عاتقه أى تعهد فى مواجهته. كما أن الدائن لا يملك ضده أى حق. فالدائن لا يستطيع الرجوع عليه لمطالبته بالوفاء. فإذا قام المدين المعين بالوفاء للدائن فإنما هو يقوم به بصفته نائبا عن المدين الأصلى (م٣٢٣/ مدنى مصرى) بطبيعة الحال يمكن

(1) M. Vasseur, les garanties, indirectes du bancquier, in Revue de juris. com, févr 1982, p. 114.

أن يتحول تعيين جهة الدفع إلى إنابة إذا أخذ المدين المعين على عاتقه الوفاء وقبل الدائن ذلك.[1]

٢ - الانابة وحوالة الحق: الفيصل بين إنابة وحوالة الحق هو التعهد من جانب المناب وقبوله من جانب المناب لديه.

ففى حوالة الحق المدين المحال عليه له دور سلبى، حيث الأمر يقتصر على مجرد تغيير الدائن. ويكفى الدائن أن يعلن المدين بحوالة الحق حتى تصبح نافذة فى حقه وفى مواجهة الغير. أما فى الانابة نجد العكس أن للمدين دور إيجابى، دور أحد الاطراف، حيث يلزم أولا بأن يحصل على رضاء الغير بالوفاء بالالتزام ثم موافقة الدائن على ذلك. كما أن الآثار المترتبة على كل من العمليتين مختلفة تماما. ففى حوالة الحق نجد أن المدين المحال عليه يمكن أن يدفع فى مواجهة المحال له بكافة الدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها فى مواجهة المحيل. بينما فى الانابة نجد أن للمناب لديه حق جديد فى مواجهة المناب، نطاق هذا الحق وفعاليته يتوقف على شروط الانابة. كما أن اثار كل من العمليتين فى مواجهة الغير مختلفة أيضا ففى حوالة الحق نجد أنها لا تصبح نافذة فى حق الغير إلا من تاريخ الاعلان أو القبول الثابت التاريخ. أما الانابة فإنها لا تخضع لأى اجراء من إجراءات العلانية وإنما تنتج آثارها من الوقت الذى يقبل فيه المناب لديه (الدائن) تعهد المناب مع التحفظ من حيث الاحتجاج بتاريخ هذا الاتفاق فى مواجهة الغير.

ومع ذلك فإنه ليس من السهل دائما التمييز بينهما. فكل منهما يؤدى إلى إنقضاء بسيط لإلتزامين سابقين. فمثلا من يقوم بإعادة بيع عقار تم إكتسابه عن طريق قرض مازال ساريا يستطيع إما أن ينيب المتصرف إليه لدى المقرض، وهذا يفترض تعهد الأول فى مواجهة الثانى، وإما يحيل إلى المقرض حقه فى الثمن فى

---

(١) انظر فى تعيين جهة الدفع فى القانون الفرنسى:

Ph. Malaurie, L. Aynès les obligations op. cit., no. 791, p. 565.

وانظر أيضا فى تطبيق حديث له هامش ١٠٥ ص٥٦٥.

مواجهة المتصرف إليه. ولذلك نجد أن القضاء الفرنسى يخلط بينهما فى بعض الأحيان(١). كما أن العمل يجرى على الخلط بينهما.(٢)

فى الواقع أن الصعوبة تعرض، بصفة خاصة، عندما يقبل المدين حوالة الحق (م١٦٩٠ مدنى فرنسى، م٣٠٥ مدنى مصرى) فهل هو يأخذ على عاتقه إلتزاما جديدا أو أنه يقر فقط بعمله بحوالة الحق؟ والإجابة على هذا التساؤل تتعلق بالتفسير الذى يدخل فى السلطة التقديرية المطلقة لقاضى الموضوع.(٣)

٣- الانابة والاشتراط لمصلحة الغير: فى الواقع أن الوضع الناشئ عن الانابة الناقصة يشبه الوضع الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير وذلك عندما يطلب المشترط من المتعهد أن يلتزم فى مواجهة الغير (المستفيد).

فإذا كان المستفيد دائنا من قبل للمشترط فإنه يصبح تحت تصرفه دعواه الأصلية فى مواجهته علاوة على ماله من حق ناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير.

ومع ذلك هناك فروق بين الوضعين سواء من حيث الشروط أو من حيث الآثار.

فمن حيث الشروط نجد أن الانابة تستلزم تلاقى الارادات بين ثلاث أطراف، المنيب والمناب والمناب لديه. وحق المناب لديه فى مواجهة المناب لا ينشأ إلا عندما

---

(١) انظر على سبيل المثال .Com. 5 mov. 1980, D. 51. 1344

(٢) ففى بعض الصيغ المستعملة فى مجال الموثقين يعتقد أنه من المفيد أن يحدد فى عبارات صريحة فى حالة حوالة الحق أنه أحال وأناب ونقل بل وحل محله أنظر:

Ph. Malaurie., L. Aynès, op. cit., no. 906 p. 578.

(٣) أنظر

Req. 19 déc. 1923, D.P., 25 I. 9, note Capitant.

وبعض الفقهاء (Capitant, la Cause, no 181) يعتقد أن القاعدة الواردة فى المادة ١٢٩٥ مدنى فرنسى، م١/٣٦٨ مدنى مصرى، والخاصة بقبول الحوالة دون تحفظ بالرغم من توافر شروط المقاصة ما يترتب على ذلك من عدم استطاعة المدين مطالبة المحال له بالمقاصة تفسر بأن قبول المحال عليه يحول العملية إلى انابة وهذا أمر فيه كثير من المبالغة.

يقبل المناب لديه الانابة. على العكس من ذلك الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ للغير المستفيد حقا منذ الوقت الذى يتم فيه بين المشترط والمتعهد وحتى قبل أن يقبل الغير (المستفيد).

من حيث الآثار يعتبر حق المناب لديه فى مواجهة المناب مستقلا تماما عن العلاقة بين المناب والمنيب. على العكس من ذلك نجد أن فعالية الاشتراط لمصلحة الغير ترتكز اساسا على العقد الأصلى: فحق المستفيد فى مواجهة المتعهد يعتمد أساسا على العلاقة بين المشترط والمتعهد، ولذلك فإن المتعهد يستطيع أن يدفع فى مواجهة الغير بكل الدفوع التى يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المشترط.

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسى يخلط فى بعض الأحيان بين العمليتين.[1]

المبحث الثانى

مدى ما تحققه الانابة من ضمان

فى هذا الصدد يجب أن نقف على جوهر الانابة، ثم بعد ذلك نعرض لعناصر القوة فى الانابة كأداة للضمان.

أولا – جوهر الانابة

الانابة تقوم على تعدد المدينين الذين يرجع الدائن على أيهم شاء. ففى الانابة يوجد أمام الدائن (المناب لديه) المنيب (مدينه الأصلى) والمناب (مدينه الجديد)، وكل منهما يلتزم فى مواجهته طبقا لعلاقتين مختلفتين. لكن ليس للمناب لديه أن يتقاضى الدينين. ولذلك فإن الوفاء من أحدهم مبرئ للآخر.

هذا الوضع قد يتشابه ظاهريا مع الوضع فى الكفالة والدعوى المباشرة ولذلك ينبغى أن نميز بينهم.

(1) Paris, 8 fév, 1878, sous civ. 17 fév. 1879. 80 ^. 449, paris 31 mais, 1979, D., 80 486, n. Parleani Vo en général Ph. Malaurie L. Aynès les obligation, op. cit., no. 807, p. 579, note 182.

١ – الفرق بين الكفالة والانابة: المعيار الفاصل بين الكفيل والمناب يستمد من محل إلتزام كل منهما. فالكفيل يلتزم بدفع دين شخص آخر هو المدين الأصلى إذا لم يقم هذا الاخير بالوفاء به. المناب يلتزم بأن يدفع للمناب لديه دينه الخاص فى مواجهته. فالتزام الكفيل التزام إحتياطى بينما التزام المناب التزام أصلى. فالتزام المناب التزام جديد وعلاقته مع المناب لديه ليس لها نفس خصائص أو صفات علاقته مع المنيب. وهذا الالتزام الخاص والجديد فى مواجهة المناب لديه لا يسمح للمناب بأن يدفع فى مواجهته بالدفوع التى كان له أن يدفع بها فى مواجهة المنيب.

حتى فى المنطقة التى يقترب فيها التشابه بين الانابة والكفالة، كما لو أن المناب لم يلتزم فى مواجهة المناب لديه إلا فى حدود دينه فى مواجهة المنيب، أو فى حدود دين المنيب فى مواجهة المناب لديه، فإنه يبقى مع ذلك فارق أساسى بينهما وهو أن التزام المناب التزام مستقل، حيث أن الالتزام الأصلى ليس هو محلا لهذا الالتزام ولكنه وصف قد لحق به[1]، بينما التزام الكفيل التزام تابع.

٢ – الفرق بين الانابة والدعوى المباشرة: إذا كان كل من الانابة والدعوى المباشرة يشتركان فى تسهيل ضمان الوفاء بالالتزام إلا أنه يبقى هناك فروق أساسية:

فالدعوى المباشرة تعد إستثناء من قاعدة نسبية آثار العقد، حيث أن المدعى فى الدعوى المباشرة (الدائن) يعتبر من الغير بالنسبة للمدعى عليه (مدين المدين). ولذلك فإن الدعوى المباشرة تنشئ رابطة التزام مباشر بين شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل بنفس الشخص وهو المدين الرئيسى. ولهذا السبب فإن الدعوى المباشرة لا تكون الا بناء على نص فى القانون.

بينما الانابة تجد مصدرها فى الاتفاق الذى يتم بين المنيب والمناب والمناب لديه وهو الاتفاق الذى يحدد نطاقها وفعاليتها.

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès les sûretes, op. cit., no. 328, p. 107.

علاوة على ذلك فان حق الدائن لا يتعلق، كقاعدة عامة، بما هو مستحق لدى مدين المدين إلا من وقت مباشرة هذه الدعوى. وإلى أن يباشر الدائن هذه الدعوى فان ما هو مستحق للمدين لدى مدينه يبقى فى ذمته ويمكن أن ينقضى بالوفاء أو بأى وسيلة أخرى من وسائل انقضاء الالتزام. أما الانابة تجعل المناب مدينا فى الحال وبطريقة مستقلة فى مواجهة المناب لديه.

ثانيا - عناصر القوة فى الانابة

فى هذا المجال تبين الأسباب التى أدت إلى الالتجاء على نطاق واسع فى الآونة الأخيرة إلى الآنابة.

ولذلك يتعين علينا أن نكشف عن أسباب القوة فى الانابة كأداة ضمان. وتكمن قوة الانابة وذاتيتها فى قاعدتين أساسيتين، ١- عدم الاحتجاج بالدفوع، ٢- رجوع المناب - ولنر بشئ من التفصيل هاتين القاعدتين.

١- عدم الاحتجاج بالدفوع ونطاقه

أ- المبدأ

من أهم عناصر القوة فى الانابة مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع الذى يهيمن على أحكامها. ومقتضى هذا المبدأ أن المناب لا يستطيع أن يتنصل من تنفيذ التزامه نحو المناب لديه بالاستناد إلى دفع (ببطلان، أو بفسخ، أو بعدم تنفيذ) ناشئ عن علاقته مع المنيب، أو ناشئ عن علاقة المنيب بالمناب لديه.

ب- نطاقة:

وعلى ذلك سنحاول أن نتعقب تطبيق هذا المبدأ على العلاقة فيما بين المنيب والمناب، ثم بعد ذلك فى العلاقة بين المنيب والمناب لديه.

- **الدفوع الناشئة عن علاقة المنيب بالمناب:** دون الاستناد إلى أى نص قرر القضاء الفرنسى أن المناب لا يستطيع أن يدفع فى مواجهة المناب لديه بأى دفع كان

المناب يستطيع أن يدفع فى مواجهة المناب لديه بأى دفع كان المنيب يستطيع أن يدفع به. فينبغى على المناب أن ينفذ التزامه فى مواجهة المناب لديه، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على المنيب. هذه القاعدة ليست محل أى نقاش لأنها قديمة ومستقرة.(1)

ويمكن تفسير هذه القاعدة بسببين، **الأول**، أن التزام المناب التزام جديد، فالمناب لديه له حق دائنية خاص ناشئ عن التعهد الصادر من المناب نحوه فهو لا يستعمل حق مدينه (وهو ما يميز الانابة عن حوالة الحق) **الثانى**، أن المناب لديه أجنبى عن العلاقة بين المناب والمنيب، وبالتالى يكون عدم الاحتجاج بالدفوع نوعا من الحماية، بصفة عامة، للغير حسن النية.

وعلى ضوء ذلك يمكن أن نبين حدود مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع. فهذا المبدأ لا ينطبق إذا كان المناب لديه سئ النية، عندما يعلم بالعيوب التى تلحق بسبب التزام المناب فى مواجهته، وبصفة خاصة عندما يكون هناك تواطؤ على الغش. ويمكن ايضا استبعاد تطبيق هذا المبدأ بإرادة الطرفين، كما هو الحال عندما يلتزم المناب فى حدود التزامه فى مواجهة المنيب، أو عندما يتعهد بدفع ما هو مستحق عليه للمنيب. فهنا يصبح خاضعا للشروط التى هو مدين طبقا لها فى مواجهة المنيب (وهذا ما يقرب **الانابة من حوالة الحق**).

جـ- الدفوع الناشئة عن علاقة المنيب بالمناب لديه: يمتنع كذلك على المناب أن يدفع فى مواجهة المناب لديه بالدفوع الناشئة عن العلاقة بين المنيب والمناب لديه ليتخلص من التزامه فى مواجهة المناب لديه.

---

(1) Civ. 31 mars 1852, D.P. 52. I. 162; Req. 7 mars 1855, D.P. 55 I. 107, Civ 24 janv. 1872, D.P. 73 I. 75; civ, 1, 26 janv. 1960, B. I. no 55 Planiol et Ripert, VII no 1274, Ripert et Boulanger, II, no 1782. Marty et Raynand, no 842, Weill et Terré, no 1055. Mazeaud - Chabas, no. 1250.

وأكثر التطبيقات العملية الحالية لهذه القاعدة «الضمان المستقل» La garantie autonome فالبنك الضامن لا يستطيع أن يدفع فى مواجهة الدائن بالدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها فى مواجهة المدين.

هذ القاعدة تطبق دون أدنى صعوبة، عندما يلتزم المناب بأن يدفع «مبلغا معينا من النقود» طبقا لهذا الشرط أو ذاك، كما هو الشأن بالنسبة للضمان المستقل (كالدفع بمجرد الطلب garantie à première demande) لانه ليس هناك أدنى إحالة إلى العلاقة بين المنيب والمناب لديه.

أما عندما يتعهد المناب بدفع «ما هو مستحق على المنيب» فإن محل التزامه يتحدد بالاحالة إلى التزام المنيب فى مواجهة المناب لديه. ولذلك يسمح للمناب أن يحتج فى مواجهة المناب لديه بأسباب البطلان، أو الانقضاء أو غير ذلك مما يلحق بالتزام المنيب. وهذا الوضع يقترب بشدة من حوالة الحق، فالدين الجديد له نفس الخصائص الموضوعية للالتزام القديم. ولكن يبقى مع ذلك فارق جوهرى وهو أن التزام المناب التزام جديد، وليس حوالة لالتزام موجود، وعلاقته بالمناب لديه ليست لها نفس الخصائص والصفات للعلاقة التى تربط بين المنيب والمناب لديه.

فالعلاقة القانونية الجديدة التى نشأت بين المناب والمناب لديه لها أثر هام وهو أنه يمتنع على المناب لديه الدفع بالفسخ فى مواجهة المناب فى حالة عدم التنفيذ.[١] وإنما يستطيع أن يباشرها فى مواجهة المنيب فقط، الطرف الأساسى فى العلاقة الأصلية. ويرجع ذلك إلى أن التزام المناب ليس التزاما تابعا وإنما هو التزام مستقل، التزام بالضمان لا يجد سببه فى العلاقة بين المنيب والمناب لديه.

---

(١) مثال ذلك فى حالة اخذ الالتزام بدفع المرتب لمدى الحياة، فان المستحق (البائع الاصلى) المناب لديه لا يستطيع أن يرفع ضد المناب (المتصرف اليه) دعوى بفسخ عقد البيع، سواء عقد البيع الأصلى أو عقد البيع الثانى، حيث أن المناب يعتبر حائزا من الغير وكل ما يستطيع أن يفعله هو أن يرفع هذه الدعوى على المنيب الطرف الأساس فى العلاقة الأصلية.

٢- مدى حق المناب فى الرجوع:

نحن نعلم أن الكفيل إذا قام بالوفاء بالتزام المدين فانه يكون له الحق فى الرجوع عليه لأنه قام بالوفاء بالتزام غيره. وللكفيل أن يرجع على المدين أما بدعوى شخصية أو بدعوى الحلول وذلك طبقا للحلول القانونى (م١٢٥١/٣ مدنى فرنسى وم٧٩٩ مدنى مصرى).

هل المناب ملتزم عن المدين؟ فى الواقع نجد أن المناب، وعلى العكس من الكفيل، عندما يقوم بالوفاء للمناب لديه إنما يوفى بدينه فى مواجهة المنيب. ولذلك لا يملك كقاعدة عامة الرجوع فى هذه الحالة.

لكن قد يحدث مع ذلك، أن المناب يتعهد للمناب لديه بالرغم من أنه ليس مدينا للمنيب، أو أنه ينبغى عليه الوفاء للمناب لديه فى حين أن التزامه فى مواجهة المنيب كان باطلا أو انقضى، فهل له حق الرجوع على المنيب فى هذه الحالات؟

فى الواقع، أنه من المشكوك فيه أن يكون للمناب الرجوع بدعوى الحلول لانه لا يلتزم فى مواجهة المناب لديه «مع أو عن الغير» (م١٢٥١/٣ مدنى فرنسى، م٣٢٦/ أ مدنى مصرى) وإنما هو التزام بدين مستقل ومتميز عن دين المنيب. وعلى ذلك إذا أخذنا بمفهوم ضيق الحلول، كما فعل القضاء الفرنسى ابتداء، فانه لا يكون للمناب الحلول القانونى محل المناب لديه. أما إذا أخذنا بمفهوم واسع للحلول، وذلك لاعتبارات إقتصادية أكثر منها قانونية، فان المناب يستطيع أن يحل محل المناب لديه ويستفيد من التأمينات وخصائص الدين الذى حل فيه فى مواجهة المنيب.

أما بالنسبة لرجوع المناب بدعوى شخصية فان الامر يتوقف على الاتفاق الذى يربطه بالمنيب.

وبناء على ما تقدم فان الانابة تعتبر ضمانا مرنا وأكثر فعالية من الكفالة، وأن نظامها القانونى يتوقف إلى حد بعيد على الاتفاق.

الفصل الثانى

الضمان بمجرد الطلب La garantie à première demande

ولدراسة الضمان بمجرد الطلب يجب أن نعرض أولا، للتعريف به وبيان دوره، ثم بعد ذلك نعرض لطبيعته القانونية، وأخيرا نبين مدى فعاليته.

المبحث الأول

التعريف به ودوره

فى هذا المبحث سنعرض لنشأته وماهيته، ثم نبين دوره وتنظيمه.

أولا: نشأته وماهيته:

هذا الضمان نشأ وتطور فى العلاقات التجارية الدولية[1]. ولكن هذا الضمان بدأ يعرف طريقه إلى العلاقات الداخلية. وهذا يرجع إلى أن هذا الضمان أكثر فعالية وقوة من الكفالة، وخاصة بعدما زادت الحماية القضائية للكفلاء، وما ترتب على ذلك من عدم إستقرار. علاوة على ذلك نجد أن تأثير الاجراءات الجماعية على الكفالة قد سمح للضمان بمجرد الطلب أن ينطلق.

هذا الضمان يمنح بواسطة بنك بناء على طلب عميله معطى الأمر donneur d' ordre ويعطى للمستفيد إمكانية إقتضاء التنفيذ بمجرد الطلب، أى بطريقة آلية وغير مشروطة دون أن يقدم أى مبرر ليؤسس عليه طلبه.[2]

(1) V. à ce titre les Regles uniformes pour les garanties contractu elles emanant de la chambre de commerce internationale. codifiant les usages internationaux en la matière.

(2) A. Villerey, op. cit., p. 262; Ph Malaurie L. Aynès, les sûreiés, op. cit., no. 330 p. 110.

هذا الضمان له صفة آلية فى التنفيذ كما هو الشأن بالنسبة للوديعة النقدية المودعة لحساب المستفيد والتى تكون تحت تصرفه فى أية لحظة.(١)

من الناحية القانونية ليس هناك ما يمنع من أن يلتزم شخص بطريقة مستقلة بأن يدفع مبلغا من النقود عند الطلب من جانب الدائن. هذا الاتفاق يجعل المدين يتجنب الالتجاء إلى الوديعة النقدية، حيث أن هذه الوسيلة الأخيرة ليست اقتصادية لأنها تجمد الأموال لوقت طويل دون طائل من ورائها.(٢)

هذا الضمان المستقل بدأ فى الانتشار ايضا فى العلاقات الداخلية(٣) والهدف المنشود من هذا الضمان هو وجوب تنفيذ الضامن لالتزامه مهما كانت اعتراضات معطى الأمر المبنية على العقد الأصلى بينه وبين المستفيد. فإذا كان المستفيد يرتكز على العقد التجارى ليطلب الضمان إلا أنه عند وضع هذا الضمان موضع التنفيذ فإن الضامن لا يستطيع بأى حال أن يستند إلى هذا العقد لينازع فى تعهده.

الصورة العملية لهذا الضمان فى العلاقات التجارية الدولية هو أن يكون هناك عرض من جانب بعض الدول أو المؤسسات التابعة لها لبناء مصنع أو مجمع صناعى مثلا، ثم يتنافس الشركات على الظفر بهذا العرض. فى هذه الحالة يتطلب المشترى أو صاحب العمل إما ضمانا قوياً لإرساء هذا العرض على شركة معينة، أو ضمانا لحسن التنفيذ، أو ضمانا لاسترداد ما دفعه من مقدم الثمن عند عدم تنفيذ المصدر لالتزاماته(٤). هذه الضمانات تعطى عادة من جانب بنك المصدر فى شكل خطاب

---

(1) M. Vassuer. rapport de synthèse, op. cit., no. 4, p. 324.

(2) A. Villerey, op. cit., p. 260, M. Vasseur, op. cit., no. 4 p. 324 Ph Malaurie, L. Aynès, op. cit., no. 338, p. 115, notam. note 30, 31.

(3) com. 13 déc. 1983, D. 84 420 note M. Vasseur, com 2 fév. 1988, B. IV, No. 55; Def. 1988, a 34275, note L. Aynès, V. aussi, S. Velu les garanties à permière demande en droit belge, rapport belge in colloque precité, p. 214' Y. Poullet, les incertitdues récentes relatives à la valeur juridique de l' assurance caution, Bull, Ass. 1979, p. 5.

(4) M. Vasseur, op. cit., p. 320.

ضمان. كما أن هذه الضمانات يمكن أن يعطيها ايضا بنك من دولة صاحب العمل، كضامن للضامن.

ثانيا: دوره وتنظيمه:

الهدف الرئيسى من هذا الضمان المستقل أو الضمان بمجرد الطلب هو أن يتجنب صاحب العمل أى مناقشة أو إجراءات قضائية قبل طلب الضمان. ولذلك نجد أن البنك الضامن يلتزم بأن يدفع، عادة مبلغا من النقود، بمجرد الطلب من جانب المستفيد أو من جانب البنك المحلى الضامن له والذى قام بالدفع للمستفيد بمجرد الرجوع عليه ودون أن يدفع فى مواجهته بأى دفع.

حتى فى الحالة التى يشترط فيها على المستفيد أن يخطر الضامن بالقصور الذى ارتكبه المصدر، فان تنفيذ الضمان يتوقف على مجرد هذا الاخطار ودون أن يلتزم المستفيد ببيان أسباب هذا القصور وأسبابه.

هذا الضمان لم يثر الكثير من المنازعات فى العلاقات التجارية الدولية أمام القضاء المحلى. وهذا يرجع إلى أنه فى نطاق مثل هذه العلاقات يفضل الكتمان أو عرض الأمر على التحكيم. علاوة على ذلك أن المنازعات فى هذه العلاقات يمكن أن تؤدى إلى فقد الثقة فى معطى الأمر (المؤسسة المصدرة) أو البنك الضامن وبالتالى استبعادهم من مجال التصدير.

لكن فى السنوات الأخيرة بدأت بعض هذه المنازعات تعرض على القضاء المحلى.[1] وفى الوقت الحالى بعدما إنتشر هذا الضمان فى العلاقات الداخلية بدأت تظهر بعض المنازعات أمام المحاكم. هذه المنازعات بدأت بالطعن فى صحة وفعالية الضمان المستقل من جانب معطى الأمر. ثم إنتهى إلى أن البنك الضامن أخذ ينازع فى تكييف الضمان باعتباره ضمانا مستقلا، ويدعى بأنه إلتزم بصفته كفيلا وذلك ليؤخر أو حتى ليتنصل من الوفاء بالتزامه، وذلك فى حالة ما إذا

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés. op. cit., no. 332 p. 111.

اصبح عميله، معطى الأمر»، فى حالة إفلاس وإتضح له أن الرجوع عليه أضحى ضربا من الخيال.[1]

فى الواقع لا يوجد، إلى الآن على حد علمنا، أى تنظيم مستقل للضمان بمجرد الطلب فى أية دولة، من الدول الأوروبية، ولذلك هذا الضمان يخضع للقواعد العامة وخاصة مبدأ حرية التعاقد فهذا الضمان يعتبر من الضمانات العقدية بحسب طبيعته.[2]

على مستوى العلاقات التجارية الدولية نجد أن غرفة التجارة الدولية (C.C.I) قد عملت بالتعاون مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى C.N.U.D.C.I على وضع قواعد تسمى «القواعد الموحدة للضمانات العقدية» هذه القواعد تشكل نظاما مرنا للضمانات مقترحا على كل من يشير اليه فى عقود. هذه القواعد هدفها الرئيسى الضمانات المستندية، لكن ليس هناك ما يمنع من إتفاق الأطراف على تطبيق بعض نصوصها على الضمانات بمجرد الطلب، هذه القواعد تضفى صفة الرسمية على النوعين من الضمان الموجودين أو المحتملين.[3]

هذه القواعد لم تتبناها غرفة التجارة الدولية إلا إعتبارا من عام ١٩٧٨ هذا التاريخ يدل على حداثة مشكلة الضمانات البنكية الدولية وعلى أنها مازالت مطروحة من جهة أخرى نجد أن كل الدول ليست على نفس المستوى بالنسبة لهذه الضمانات. فنجد مثلا أن كل من المانيا والنمسا وسويسرا قد سجلت تقدما غير منكور فى الفقه والقضاء فى هذا المجال. أما بالنسبة لفرنسا فإنها لم تعرف الضمانات بمجرد الطلب إلا بعد الحرب العالمية الثانية إعتبارا من عام ١٩٥٠ تقريبا. وكذلك الحال بالنسبة لكل من ايطاليا وبلجيكا وهولندا وانجلترا.[4]

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, Loc. cit.
(2) M. Vasseur, op. cit., no, 3 p. 322.
(3) M. Vasseur, op. cit., no, 3 p. 323.
(4) M. Vasseur, Repport de Synthèse, op. cit., p. 322.

هذه القواعد الموحدة لم تلق للأسف قبولا فى الأوساط التجارية لأنها لم تكن معبرة عما جرى عليه العمل، ولا ملبية لاحتياجات السوق، ولذلك فان الالتجاء اليها كان نادرا. والغرفة التجارية الدولية فى طريقها الآن فى إعداد قواعد للضمانات بمجرد الطلب أو غير المشروطة مع توسيع نطاق هذه الضمانات. فهذه القواعد تسمح بتقديم هذه الضمانات من جانب بنك أو شركة تأمين أو إلى شركة أخرى أو حتى من جانب الأشخاص الطبيعيين. وتقوم الغرفة إلى جانب ذلك بإعداد قواعد أخرى للضمانات المشروطة حتى تتكامل المجموعة المنظمة لهذه الضمانات.

المبحث الثانى
الطبيعة القانونية

للوقوف على الطبيعة القانونية للضمان بمجرد الطلب يجب علينا أن نحدد أولا الهدف من هذا الضمان، ثم نبين خصائصه المميزة، وأخيرا نميز هذا الضمان عما قد يشتبه به من أنظمة قانونية أخرى.

أولا: الهدف من الضمان بمجرد الطلب.

أيا كان الغرض المقصود من الالتجاء إلى الضمان بمجرد الطلب، ضمان رسو المزاد أو ضمان حسن التنفيذ، أو ضمان لاسترداد مقدم الثمن، فإن الهدف النهائى منه هو أن يحل محل الوديعة النقدية التى يودعها إبتداءً معطى الأمر على سبيل الضمان بين يد المستفيد.

ففى حالة الوديعة النقدية سيكون المستفيد فى مركز قوى وأكيد. لكن هذه الوديعة تؤدى إلى تجميد الأموال بطريقة غير إقتصادية. ولذلك نجد أن المستفيد يمكن تقبل محل الوديعة ضمانا بنكيا يجعله فى نفس المركز تقريبا الذى كان فيه فى حالة الوديعة النقدية. فهو يهدف إلى أن الضمان بمجرد الطلب من جانبه يؤدى وظيفة آلية، ودون أن يكون ملزما بتقديم مبرر لهذا الطلب، ودون أن يستطيع الضامن

أن يدفع فى مواجهته بأى دفوع أو إعتراضات. فهو يهدف إلى أن يحقق لنفسه، فى اللحظة المناسبة، ضمانا سهل التنفيذ وحالا فعالا وذلك لتجنب الالتجاء إلى القضاء، وخاصة إذا ما كان المستفيد موجودا فى الخارج. فهو بكل ذلك يستطيع أن يحصل فيما بعد على الوديعة التى تنازل عنها إبتداء.

أما بالنسبة لمعطى الأمر فى الضمان بمجرد الطلب فإنه يظفر بالصفقة دون أن يكون ملزما بايداع وديعة نقدية أو إنشاء رهن حيازى يثقل ذمته.

أما بالنسبة للبنك الضامن، فإن الضامن بمجرد الطلب يقع فى دائرة إهتماماته، حيث أن البنك يبحث عن تجنب الانغماس فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين معطى الأمر والمستفيد، كما أنه يهدف، بحق، إلى تجنب تقدير إدعاءات أى من الطرفين وبالتالى الانحياز إلى طرف أو لآخر حيث أن ذلك يخرج عن وظيفته.

هذه الوظيفة التى يهدف اليها الضمان بمجرد الطلب يجب أن تكون ماثلة أمام أعيننا عند بحث خصائصه أو طبيعة القانونية.

ثانيا - الخصائص المميزة للضمان بمجرد الطلب:

يمكن أن نجمل هذه الخصائص فيما يلى:

١- إلتزام الضامن فى هذا الضمان يعتبر التزاما غير تبعى، والتزاما مستقلا. وهذه الخاصية تميز هذا الضمان عن الكفالة، حيث أن إلتزام الكفيل على النقيض من ذلك يعتبر التزاما تبعيا، والتزاما احتياطيا. ولذلك فإن الضامن فى الضمان بمجرد الطلب لا يستطيع أن يدفع بالدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها معطى الأمر.

٢- التزام الضامن فى هذا الضمان التزام بدفع مبلغ من النقود بصدد عقد معين وليس التزاما بعمل أى أنه ليس التزاما بتنفيذ التزام المدين الأصلى تنفيذا عينيا عند عدم تنفيذ هذا الأخير له.

٣- التزام الضامن فى هذا الضمان ينشأ عن عقد ملزم لجانب واحد.(١)

حيث أن المستفيد يقبل، بل ينبغى أن يقبل التزام الضامن بالضمان، وذلك حتى يستطيع معطى الأمر أن يعرف مدى التزامه. وهذا القبول قد يكون قبولا ضمنيا، وخاصة وأن العقد الأساسى لا ينبغى تنفيذه من جانب المورد أو المصدر أو معطى الأمر قبل أن يقبل المستفيد الضمان المعروض عليه.(٢)

٤- ما مدى اعتبار التزام الضامن إلتزاما مجرداً؟ يجب منذ البداية أن نؤكد عدة حقائق:

- أول هذه الحقائق يجب عدم الربط بين مسألة إعتبار التزام الضامن سببياً أو مجرداً، والطبيعة التبعية أو غير التبعية لهذا الالتزام. وبالمثل بالنسبة للطبيعة المستقلة أو غير المستقلة لهذا الالتزام بالنسبة للعقد الأساسى. لأن هذا خلط بين الأشياء، ومدعاة للغموض. فالتزام الضامن يمكن أن يكون سببيا أو مجرداً وفى نفس الوقت يكون التزاما غير تبعى أو مستقل عن العقد الأساسى. فالالتزام بالضمان قد حل محل الوديعة النقدية. فهو له محل متميز عن الالتزام المضمون، لأنه ينشأ عن عقد متميز. وهذا يفسر بل ويكفى لتبرير الطبيعة غير التبعية والمستقلة لالتزام الضامن.

- ثانى هذه الحقائق، أن الاعتراف بالطبيعة السببية لالتزام الضامن ليس عديم الأثر، إذ أنه يكون فى مصلحة معطى الأمر ويؤدى عند الاقتضاء إلى تحديد التزام الضامن.

وعلى ضوء هذه الحقائق نعرض لموقف الفقه والقضاء من هذه المسألة. بالنسبة للفقه، فإنه ينقسم فيما بينه. أغلبية الفقهاء الالمان يذهبون إلى أن التزام الضامن مجرد. وكذلك الحال فى كل من بلجيكا وهولندا، بينما على العكس من

(١) بعض الفقهاء يعتبر التزام الضامن التزاما بالارادة المنفردة.
انظر: - S. Velu, rapport belge op. cit., p. 227.

(2) M. Vasseur, note précités. J. L. Rives - Lange, M. Contamine Raynaud, Droit bancaire, 4éd, no. 670.

ذلك نجد أن الفقه الفرنسى والإيطالى فى مجموعة يذهب إلى أن التزام الضامن التزام سببى.

فى فرنسا بعض الفقهاء ذهب إلى إعتبار التزام الضامن التزاما مجرداً فالتزام الضامن يجد سببه فى الالتزام المضمون ولكن إرادة الأطراف قد فصلته عن سببه[١]. فى الواقع، هذا يعتبر وصفا لا تفسيرا للمشكلة المطروحة.[٢] هذا الرأى ينطلق من مقدمة معينة، وهو أن سبب التزام البنك الضامن يستمد من العلاقة بين عميله والدائن، فى العقد الأساسى، أى الالتزام المضمون، وهذا يعتبر محل نظر، حيث أن الالتزام الأصلى يعتبر سببا فعالاً Une cause efficiente، فالضامن يلتزم لأنه يوجد التزام أصلى، لكن هذا الالتزام الأخير ليس هو الهدف من التزامه. علاوة على ذلك عندما يكون العقد الأساسى باطلا فان بقاء إلتزام الضامن يصطدم مباشرة مع نص المادة ١١٣١ مدنى فرنسى (مادة ١٣٦ مدنى مصرى).

فى الواقع إن التزام البنك الضامن يجد سببه فى العلاقة بينه وبين المدين وهذا السبب يتمثل بصفة خاصة فى المقابل الذى يدفعه المدين للبنك. هذه العلاقة بين المدين والبنك يعتبر الدائن أجنبيا بالنسبة لها، ولذلك لا يجوز الاحتجاج فى مواجهته بالدفوع الناشئة عن هذه العلاقة. محل التزام الضامن مبلغا من النقود قد تم تحديده بطريقة مباشرة وليس هو التزام المدين تجاه الدائن. فمبدأ سلطان الإرادة يبرر استقلالية الضمان أفضل من الاستناد إلى السبب.

محل إلتزام الضامن يعتمد أساسا على الرضا المتبادل بين الضامن والمستفيد. فمبلغ الضمان وكيفيته، من حيث المدة، وكيفية إستعماله، يتم تحديده عن طريق خطاب الضمان الذى يوجهه البنك إلى المستفيد تحقيقا لمطالب هذا الأخير.[٣]

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op. cit., no. 332 p. 114.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., no. 336, p. 115.

(٣) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢.
أنظر com. 20 déc 1982, B.IV, no. 417, D. 83, 365, note M. Vassuer.

وعلى ذلك يمكن للضامن أن يلتزم بمجرد الطلب دون قيد أو شرط، أو بمجرد الطلب مع المستندات اللازمة[1]، أو بمجرد الطلب المبرر.[2] فالتزام الضامن في كل هذه الحالات مازال التزاما مستقلا ولكن كيفية تنفيذه في كل حالة تزيد أو تقل في آليتها.

ثالثا: تمييز الضمان بمجرد الطلب عما يشتبه به:

أكثر الأنظمة تشابها بالضمان بمجرد الطلب هما الكفالة، والإعتماد المستندي غير قابل للالغاء، ولنر كيفية التفرقة بينهم.

١ - الضمان بمجرد الطلب والكفالة:

منطقة التشابه بينهما تكمن في أن كل منهما يستجيب لنفس الفكرة، وهو أنه عندما توجد كفالة أو ضمان، فإن المستفيد، صاحب العمل أو المشترى، يهدف إلى أن يكون له حق في مواجهة الغير، بنك بما له من ملاءة وشهرة. ومع ذلك يجب التحرز وعدم الخلط بينهما لأنه توجد فروق أساسية بين كل منهما.

فالكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، فالكفيل يلتزم بالوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا لم يف به هذا المدين ولذلك فان التزامه يعتبر التزاما تبعيا مع ما يترتب على ذلك من نتائج على النحو السابق بيانه.

أما في الضمان بمجرد الطلب فان الضامن لا يلتزم نحو المستفيد بأن يفي بالتزام الغير وإنما يتلزم بالوفاء بالتزام بنتيجة يقع على عاتقه هو.

---

(1) Paris, 24 janv, 1984, D. 84. I.R. 203, obs, crit, M. Vassuer; T.G. I Paris, 26 Juin 1983, D. 83 I.R. 297, il suffit que les documments prévus dans le lettre de garnatie soient même s'il existe une contestation sur le contrat principal.

(2) Paris, 24 nov. 1981, D. 82 296, note M. Vasseur, J.C.P. 82 II. 1987, note J. stoufflet.

وعلى ذلك فإن معيار التفرقة بين الكفالة والضمان بمجرد الطلب يكمن في المحل. فمحل الضمان بمجرد الطلب مبلغ معين من النقود يتعلق بعقد معين. أما محل الكفالة فهو الالتزام الأصلي، فالتزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير. على ذلك فان التزام الضامن له محل مختلف تماما عن الالتزام المضمون.

ويترتب على ذلك أنه في حالة الكفالة نجد أن شخصين المدين الأصلي والكفيل التزما بنفس الالتزام في مواجهة الدائن بينما في حالة الضمان بمجرد الطلب نجد أن التزامات معطى الأمر في مواجهة المستفيد متميزة عن التزامات الضامن في مواجهة هذا المستفيد. فالتزام الضامن يتمثل أساسا في دفع مبلغ من النقود على سبيل الضمان وذلك ليحل محل الوديعة النقدية التي كانت تدفع بين يدى المستفيد، فاستقلالية التزام الضامن في مواجهة المستفيد عن التزام معطى الأمر في مواجهة المستفيد تؤدى إلى نتيجة حتمية وهي أن الضامن لا يستطيع أن يدفع في مواجهة المستفيد بأى من الدفوع التي كان يمكن أن يدفع بها معطى الأمر في مواجهة المستفيد.

والفقه في الدول الأوروبية في مجموعه يذهب إلى التفرقة الواضحة بين الكفالة والضمان بمجرد الطلب أو الضمان المستقل. ولذلك تستعمل اللغات المختلفة مصطلحات مختلفة للتعبير عن النوعين[1]. في أسبانيا لا يستعمل الفقه إلا مصطلحا واحدا وهو الكفالة وفي داخل هذا المصطلح يميز بين الكفالة التبعية والكفالة غير التبعية.[2]

٢- الضمان بمجرد الطلب والإعتماد المستندى غير قابل للالغاء:

منطقة التشابه بينهما تتمثل في أن البنك الضامن والبنك فاتح الاعتماد

(1) M. Vassuer, op. cit., no. 7 p. 327, 328.

(2) Juan Antonis. Gremades, rapport espagnol in colloque precité. P 251.

المستندى غير قابل للالغاء يجب عليهما الوفاء، بل ويجب عليها دون أن يستطيعا أن يتنصلا من التزامهما فى مواجهة المستفيد أيا كانت الأحداث التى طرأت على علاقتهما بمعطى الأمر، وأيا كانت الأحداث التى طرأت على العلاقة بين معطى الأمر والمستفيد.

بالرغم من هذا التشابه الواضح بينهما إلا أنه يجب ألا يتسر الضمان بمجرد الطلب فى الإعتماد المستندى غير قابل للالغاء وذلك لوجود فروق جوهرية بينهما.

فالاعتماد المستندى الغير قابل للالغاء ليس إلا وسيلة للوفاء فالأمر يتعلق بالنسبة للبائع بضمان الوفاء له بالثمن، وبنك المشترى يقوم بالوفاء له بعد أن يتحقق من أن المستندات المقدمة له هى المستندات المتفق عليها، فالبنك فى هذه الحالة ملتزم بصفة أولية وأساسية بالقيام بالوفاء بمجرد أن يبدو له من المستندات المقدمة له أن البائع قد قام بتنفيذ التزاماته. بينما البنك الضامن فى الضمان بمجرد الطلب لا يقوم بتنفيذ التزامه بالضمان إلا بناء على طلب صادر من المستفيد، ولا يتدخل إلا إذ قد تم تقديم له مثل هذا الطلب، فاستخدام الضمان متوقف على محض إرادة وتقدير المستفيد.(١)

الخلاصة: عقد الضمان بمجرد الطلب عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة "Un contrat innommé et sui generis" وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء فى الوقت الحاضر.(٢)

(1) S. Velu, rapport belge, op. cit., no. 221.
(2) Ph. Malaurie, L. Aynès op. cit., no. 333, p. 112.

المبحث الثالث

فعالية الضمان بمجرد الطلب

وسنعرض في هذا المبحث لارتباط الفعالية باستقلالية الضمان، ثم نعرض لمحاولات تعطيل هذه الفعالية:

أولا: ارتباط فعالية الضمان باستقلاليته.

يستمد الضمان بمجرد الطلب فعاليته وقوته من إستقلالية التزام الضامن فى مواجهة المستفيد عن العلاقة بين معطى الأمر والمستفيد مما يترتب على ذلك عدم جواز الدفع من جانب البنك الضامن بالدفوع المستمدة من العقد الأساسى. والتى كان يستطيع أن يدفع بها معطى الأمر فى مواجهة المستفيد.

وقد أقر القضاء الفرنسى هذه الاستقلالية والنتائج المترتبة عليها فى أحكامه الحديثة. ففى أول حكمين صدرا من محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢[1] قد قررت المحكمة عدم جواز إحتجاج البنك الضامن ببطلان العقد الأساسى فى مواجهة المستفيد وذلك على أساس أن التزام البنك الضامن لم ينشأ عن كفالة وإنما قد نشأ عن ضمان مستقل بما يترتب عليه أنه لا يجوز للبنك أن يستفيد من الدفوع التى كان لمعطى الامر أن يدفع بها فى مواجهة المستفيد، وبصفة خاصة المتعلقة بعدم تنفيذ العقد الذى يربطهما.[2]

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه بطريقة أكثر وضوحا فى حكمها الثالث الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٨٣[3]. حيث قررت أن البطلان

(1) com. 12 déc. 1982 banque de Paris et des Pays- Bas, B. IV, no. 417, D. 83 - 365 note M. Vassuer.

(2) "Cet engagement ne consitutait pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir en l' état, des exceptions que le donneur d' ordre pouvait oposer au bénéficiaire, tenant a l'inexécution du contrat les unissant.

(3) Com. 13 déc, 1983, D. 84 420, note M. Vassuer, cité par Ph Malaurie, L. Aynés, op. cit., no. 334 - p. 113.

المحتمل للالتزام الأصلى المضمون سيكون دون تأثير على الالتزام المستقل للضامن.(١)

علاوة على ذلك قد قررت محكمة النقض الفرنسية أن الضامن لا يستطيع أن يثير ليس فقط بطلان العقد الأساسى بل وأيضا عدم التنفيذ الخاطئ من جانب المستفيد.(٢)

- هذه الاستقلالية قد وضع لها القضاء الفرنسى بعد الحدود فقد قررت بعض الأحكام أنه إذا كان هناك حكم ببطلان أوفسخ العقد الأساسى، أو إذا كان تنفيذ هذا العقد من جانب معطى الأمر قد تم إثباته بطريقة لا تقبل الشك فإنه يجوز تعطيل آلية هذا الضمان.(٣).

كما أن الضمان مخصص لعقد معين ولذلك لا يجوز أن يعمل بصدد عقدا آخر حتى ولو كان بين نفس الاطراف.(٤)

ثانيا: محاولات تعطيل آلية هذا الضمان

قوة وآلية الضمان بمجرد الطلب ينعكس أثرهما فى النهاية على معطى الأمر حيث هو الذى يقوم بالدفع فى النهاية. ولذلك غالبا ما يحاول معطى الأمر، وليس البنك الضامن، أن يعطل آلية هذا الضمان ويشل قوته بالالتجاء إلى حجز ما للمدين

---

(١) فى نفس هذا المعنى

Com. 12 déc. 1984, B. IV, no. 344, D. 85 269 note M. Vasseur I.C.P. 85 II 20436, note J. Stoufflet, com. 20 nov. 1985, B. IV, no. 277, D. 86 - 213, note M. Vasseur.

(2) com 17 oct. 1984, B. IV. no. 265 D. 85 269 note M. Vasseur J.C.P. 85 20326 note J. Stoufflet; Com. 20 fév. 1985. B. IV. no 74, Com. 21 mai 1985, B.IV, no. 160, D. 86 213, note M. Vasseur.

(3) Ph. Malaurie L. Aynès, op. cit., no. 334 p. 113.

(4) Ref. tr. com Par. 1e août 1984, J.C.P. 85 II 20526, note M. Azencot.

لدى الغير، أو إلى الإجراءات التحفظية، أو الادعاء بالتعسف الواضح فى استعمال الضمان من جانب المستفيد[1]. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

١- **بالنسبة لحجز ما للمدين لدى الغير:** نجد أن معطى الأمر فى كثير من الحالات يدعى أنه، هو نفسه، دائن للمستفيد وبالتالى يحاول أن يحجز تحت يد البنك الضامن على المبلغ المستحق لهذا المستفيد، محكمة النقض الفرنسية أدانت هذه الوسيلة لأنها تسمح بالرجوع عن الطبيعة المباشرة وعدم القابلية للالغاء التى يتضمنها التزام الضامن[2]. كما أن قضاة الموضوع يسيرون فى نفس هذا الاتجاه، فيما عدا الحالات التى يتمسك فيها معطى الأمر بدين لا يتعلق بالصفقة الرئيسية التى هى محل الضمان.[3]

٢- **بالنسبة للاجراءات التحفظية:** قد يحاول معطى الأمر، باعتباره دائنا للمستفيد، أن يلجأ إلى القضاء المستعجل لاتخاذ اجراء تحفظى بصدد مبلغ الضمان المستحق للمستفيد لدى البنك الضامن. فى هذا الصدد كان موقف القضاء واضحات أيضا. حيث أنه رفض الاستجابة إلى مثل هذا الطلب.[4]

٣- **التعسف الظاهر من جانب المستفيد:** إذا كان هناك تعسف واضح فى المطالبة بالضمان بمجرد الطلب من جانب المستفيد، فإن القضاء قد حظر على الضامن أو ضامن الضامن دفع الضمان له.[5]

لكن الدفع بالتعسف من جانب معطى الأمر يجب ألا يقود القاضى إلى فحص تنفيذ العقد الأساسى وإلا يكون قد خالف الطبيعة المستقلة للضمان. هذا

(1) V: Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., no. 340, P. 117.

(2) com. 14 oct. 1981, B. IV. No. 357; D82 301. note approbative M. Vassur, J.C.P. 82 II 19815, note reservée C. Gavalda et J. Stoufflet.

(3) Paris, 27 oct. 1981, J.C.P. 81 II 19702. 25 mars 1982, D82 I.R. 497, obs. M. Vasseur.

(4) Paris 5 mai 1982, D. 82, I. R. 497.

(5) T. Com, Paris, 29 oct., 1982, Paris 29 nov, 1982, D. 83 IR. 301, 302 note M. Vasseur.

التخوف قد أدى إلى أنه لم يكن يسمح بتجميد الضمان إلا فى حالة الغش الظاهر من جانب المستفيد، أو فى حالة التواطؤ التدليسي بين المستفيد وضامن الضامن.[1] هذا نوع من التشدد من جانب القضاء وذلك يرجع إلى أن مجرد التعسف يختلف عن الغش، فالغش يتضمن الالتجاء إلى وسائل لإساءة استخدام الحق بقصد الأضرار، ولذلك يكون أصعب فى إثباته من مجرد التعسف.[2]

فى الوقت الحاضر يبدو أن القضاء بعد ما كان يتطلب الغش الظاهر لتجميد الضمان بدأ يسمح على نطاق واسع بهذا التجميد بحكم مستعجل فى حالة التعسف الظاهر من جانب المستفيد[3]. ومن جانب ضامن الضامن، إذا كان الضامن يعلم بهذا التعسف.[4]

نحن نرى أن التشدد وتطلب الغش الظاهر لتجميد الضمان يتفق أكثر والطبيعة المستقلة للضمان بمجرد الطلب، كما أن محاولة الفقه الفرنسي فى تفسير الأحكام الحديثة على أنها تتخفف الآن وتتطلب التعسف الظاهر بدلاً من الغش الظاهر لتجميد الضمان، بالرغم من عدم وضوح ذلك بصورة قاطعة من عبارات الأحكام المستشهد بها، نوعا من الرغبة فى التأثير على إتجاه القضاء وذلك لصالح المصدرين الوطنيين وعلى حساب المستفيدين الأجانب.

---

(1) Ph. Malaurie L. Aynès, op. cit., . 342, p. 117: com. 21 Mai, 1985 B. IV, no. 160 D. 86 213, note M. Vasseur.

هذا الحكم قد بين بوضوح أن تنفيذ العقد الأساسى كما هو ثابت ظاهريا لا يعفى الضامن من الوفاء بالتزامه للمستفيد فانتفاء حق المستفيد ليس الا ظاهريا والقاضى المستعجل لا يستطيع التحقق من ذلك إلا بفحص علاقات الأطراف فى العقد الأساسى. وهذا ممتنع عليه انظر أيضا com 11 déc. 1985, B. IV no. 292 J.C.P. 86 II 20593 note J. Stoufflet, D. 86. 213, note M. Vasseur.

قد قررت المحكمة فى هذا الحكم أن لمحكمة الاستئناف كامل الحق فى التعويل، وذلك بعد استخلاص من الدوافع الكثيرة الأخرى، على التواطؤ التدليسى لتوقف عمل مبدأ الاستقلالية فى مسألة الضمانات أو ضمانات الضمانات بمجرد الطلب.

(2) Ph. Malaurie L. Aynès, op. cit., no. 342 p. 117.

(3) com, 20 janv, 1987, B. IV No. 19 J.C.P. 87 II 20764, Note, J. Stoufflet, com 10 Juin B. IV. No, 117 D. 87. 17 note, M. Vasseur.

(4) Ph. Malaurie L. Aynès, op. cit., note 51 p. 118.

فهرس المحتويات

الموضـــــــوع	الصفحة

الباب الأول

الكفالة

خطة البحث

الفصل الأول: أركان عقد الكفالة وشروط صحته

الفصل الثانى: اثبات الكفالة وتفسيرها

الفصل الثالث: آثار الكفالة

الفصل الرابع: انقضاء الكفالة

الباب الثانى

الفصل الثانى: الضمان بمجرد الطلب